Beiträge zu der Lehre von der nichtigen offenen Handelsgesellschaft unter besonderer Berücksichtigung der Société de fait des französischen Rechtes

---

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der schlesischen
Friedrich-Wilhelm-Universität zu Breslau

vorgelegt von

HILDEGARD MEYER

Breslau 1933

HANS CHRISTIANS DRUCKEREI UND VERLAG / HAMBURG 36

Referent: Professor Dr. Schmidt-Rimpler.
Tag der mündlichen Doktorprüfung: 28. Februar 1933.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

GLIEDERUNG.

		Seite
I.	Die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft	9—14
	1. Die offene Handelsgesellschaft als juristische Person	9
	2. Die offene Handelsgesellschaft als Gesellschaft mit relativer juristischer Persönlichkeit	10—12
	3. Die offene Handelsgesellschaft als Gesellschaft	12
	4. Außerdeutsche Rechtsordnungen	12—14
II.	Die Fehlerhaftigkeit des Gesellschaftsvertrages	14—19
	1. Die Möglichkeit der Nichtigkeitserklärung und Anfechtung	15
	2. Der Zeitpunkt der Geltendmachung	15—16
	a) Liquidation	16
	b) Konkurs	16
	3. Die Anfechtungsgegner	16—17
	4. Die Anwendbarkeit von § 139 BGB. bei Teilnichtigkeit des Vertrages	17—19
III.	Die Versuche zur Ausschaltung der Nichtigkeitsfolgen	19—30
	1. Die Haftung aus der Erklärung an die Öffentlichkeit (RG.)	20—21
	2. Die Gestionstheorie (Staub)	21
	3. Die Rechtsscheintheorie	22—29
	a) Deutsches Recht	22—24
	b) Außerdeutsches Recht	24—29
	aa) Die Estoppel-Lehre	24—26
	bb) Die société de fait	26—29
	cc) Die de facto corporation	29
	4. Weitere Theorien	29—30
IV.	Der von der nichtigen offenen Handelsgesellschaft erzeugte Rechtsschein	30—33
	1. Durch Eintragung ins Handelsregister	30—31
	2. Durch das Auftreten im Geschäftsverkehr	31—33
V.	Die Nichtigkeitsfolgen im Innenverhältnis	33—47
	1. Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen	33—40
	a) Versuch der Ausdehnung der Gesamthandvorschriften	33—34
	b) Die herrschende Meinung und ihre Konsequenzen	34—35
	c) Die Frage des Erwerbs in das Gesellschaftsvermögen	35—38
	aa) Durch Einlagen	35—36
	bb) Durch Geschäftsführung	36—38
	d) Die Auswirkung auf die nichtige offene Handelsgesellschaft	38—40
	2. Die Stellung des Scheingesellschafters zu der nichtigen offenen Handelsgesellschaft	40—44
	a) Ansprüche der Gesellschaft aus §§ 112/13 HGB.	40
	b) Ansprüche aus Sozialverpflichtungen	40—41
	c) Der Gesellschafter als Dritter	41
	d) Stellung des durch Betrug zum Beitritt veranlaßten Gesellschafters, a) nach deutschem Recht, b) nach französischem Recht	41—44
	3. Das Innenverhältnis im französischen Recht	44—47

Seite

VI. Das Außenverhältnis . . . . . 47—49

VII. Die nichtige offene Handelsgesellschaft im Prozeß . . . 49—57

1. Das deutsche Recht . . . . . 49—56

2. Das französische und italienische Recht . . . . . 56—57

VIII. Die nichtige offene Handelsgesellschaft im Unrechtsverkehr 57—58

IX. Die nichtige offene Handelsgesellschaft im Konkurs . . . 58—62

1. Das deutsche Recht . . . . . 58—60

2. Das englische Recht . . . . . 60—61

3. Das französische Recht . . . . . 61—62

Literatur-Verzeichnis

Allan M'Nell: The Mercantile Law of Scotland. Edinburgh 1929

André, Fr.: Einfache, zusammengesetzte, verbundene Rechtsgeschäfte, Festgabe für Enneccerus 1913.

Andrew I. Straham and **Norman A. Oldham:** The Law of Partnership. Fourth Ed. London 1924.

Archiv für bürgerliches Recht (Arch. bürg. R.).

Bock, Hans: Die Wirkungen der Handelsregistereinträge für den nichtrechtsgeschäftlichen Verkehr, Diss. Heidelberg 1911.

Brand, Arthur: Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts, 1911.

Bunsen: Die Parteien im Zivilprozeß.

Cohn, Ernst: Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht, 1932.

Cohn, Richard: Die nichtige offene Handelsgesellschtfx im Rechtsverkehr und der Gläubigerschutz, 1930.

Cohn, Werner Oskar: Mehrere offene Handelsgesellschaften derselben Gesellschafter, Diss. Freiburg 1925.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, 3. Aufl. 1932.

Deutsche Juristenzeitung (DJZ.).

Eccius: Die Stellung der offenen Handelsgesellschaft als Prozeßpartei. ZHR. 32/1 ff.

Ehrenberg, Victor: Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit. Ih. Jhrb. Bd. 47, S. 273 ff.

— Das Handelsregister, Ehr. Hdbch. Bd. I, S. 523 ff. 1913.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 6. Aufl. 1928.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ.).

John S. Ewart: A Exposition of the Principles of Estoppel by Misreprentation. Toronto 1900.

Feine, Hans Ehrich: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Ehr. Hdbch. VI 3. 1923.

Fester, Friedrich: Die Bedeutung des Eintrags im Handelsregister, Diss. Marburg 1911.

Fischer, Otto: Sein und Schein im Rechtsleben, Internationale Wochenschrift, Bd. 3, S. 1437, ff.

Förster-Kann: Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich, 3. Aufl., 1913.

Fraenkel, R.: Namen-, Personen- und Parteiverwechslung im Prozeß, DJZ. 1907, S. 294 ff.

Freund, Heinrich: Das Zivilrecht Sowjetrußlands, 1924.

Gierke, Otto: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887.

— Deutsches Privatrecht, 1893—1917.

— Handelsgesellschaft und bürgerliches Recht. Arch. bürg. R. Bd. 19, S. 114 ff.

Gierke, Julius: Handelsrecht und Schiffahrtsrechts, 3. Aufl., 1929.

Gildemeister, Alfred: Offene Handelsgesellschaft zwischen Eehgatten beim Vorliegen der allgemeinen Gütergemeinschaft. ZHR. 54, S. 99 ff.

Goldmann, Samuel: Das Handelsgesetzbuch, 1905.

Graßhoff, Heinrich: Die verselbständigten Vermögensmassen. Festschrift für Heinitz, 1926.

Haberland, Kurt: Rechts- und Wirtschaftsprobleme der offenen Handelsgesellschaft, 1921.

Haff, Karl: Institutionen der Persönlichkeitslehre und des Körperschaftsrechts, 1918.

Hahn-Mugdan: Die gesammelten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, 6. Bd., 1897.

Earl of Halsbury: The Laws of England, London 1910.

Hamel, Walter: Die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft. Diss. Bonn, 1928.

Handelsgesetze des Erdballs.

Hein, Wolfgang: Identität der Partei, 1918.

Heitmann, Ludmar: Verträge mit einer nichtigen offenen Handelsgesellschaft. Diss. Köln, 1931.

Hémard, Joseph: Le Régime des Sociétés de Fait ou Sociétés irrégulières en Droit Commercial Italien. Annales du Droit. Comm. 1909, p. 81 s.
— Théorie et Pratique des Nullités des Sociétés et des Sociétés de Fait. Paris, 1926.
Homburger, Max: Besprechung von Hamel. JW. 1930, S. 2914 ff.
Houpin-Bosvieux: Traité Général des Sociétés Civiles et Commerciales. Paris, 1925.
Hueck, Alfred: Der Scheinkaufmann. Arch. bürg. R. Bd. 43/415 ff.
Isay, Hermann: Die Isolierung des deutschen Rechtsdenkens, 1924
Jacobi, Ernst: Die Haftung des Kommanditisten und die Eintragung der Haftung ins Handelsregister. Ih. Jhrb. Bd. 70, S. 300 ff.
— Theorie der Willenserklärung, 1910.
Jaeger, Ernst: Der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft, 1897.
— Kommentar zur Konkursordnung, 4. Aufl. 1914.
— Die offene Handelsgesellschaft im Zivilprozeß. Festgabe für Sohm 1915.
Journal des Sociétés Civiles et Commerciales (JS.).
Juristische Wochenschrift (JW.).
Juristische Zeitschrift für Elsaß-Lothringen.
Kaufmann, Hannes: Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen, 1911.
Keim, Otto: Das sog. Publizitätsprinzip im deutschen Handelsrecht, 1930.
Kessler, Friedrich: Die mangelhafte Aktiengesellschaft des nordamerikanischen Rechts als de facto corporation by estoppel and partnership — mit Berücksichtigung der französischen société de fait par action — Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 3. Jahrg. 1929.
Kisch, Wilhelm: Parteiänderung im Zivilprozeß, 1912.
— Grundriß des deutschen Konkursrechts, 1930.
Klügel, Georg: Die Haftung aus dem rechtswirksamen und dem Scheineintritt als Gesellschafter in das Unternehmen eines Einzelkaufmanns. Diss. Göttingen 1923.
Knoke, Paul: Das Recht der Gesellschaft nach BGB., 1901.
Koenige-Teichmann: Handausgabe des HGB., 3. Aufl. 1932.
Kohler, Josef: Einfache und doppelte Rechtsordnung. Arch. bürg. R., Bd. 24, S. 179 ff.
— Die offene Handelsgesellschaft als juristische Person. ZHR. Bd. 74, S. 456 ff.
— Nochmals die offene Handelsgesellschaft als juristische Person. Arch. bürg. R. Bd. 40, S. 229 ff.
Krückmann, Paul: Nachlese zur Unmöglichkeitslehre. Ih. Jhrb. Bd. 57, S. 1 ff.
Kuhnt: Entsprechende Anwendung des § 727 ZPO. bei Änderung oder Erlöschen der Firma. JW. 1913, S. 116 ff.
Lang, Eduard: Teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte, 1926.
Langen, Eugen: Der Konflikt zwischen Gesellschaftern und Gläubigern bei betrügerischen Gründungen von Handelsgesellschaften. Diss. Frankfurt 1928.
Lehmann, Karl: Entgegnung auf Kohler. ZHR. 74, S. 462 ff.
Lindley, Nathaniel: A Treatise on the Law of Partnership. Ninth Ed. 1924.
Lyon-Caën-Renault: Traité de Droit Commercial, 5e Ed. Paris 1925.
Makower: Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 13. Aufl. 1906.
Manara, Ulisse: A Propos des Sociétés de Commerce Irrégulières et de leur Prétendue Personnalité Juridique, Annales de Droit Commercial 1912, p. 339 s. traduit par M. Jean Escarra.
Manigk, Alfred: Irrtum und Auslegung, 1918.
— Stillschweigend bewirkte Vollmachten im Handelsrecht, Beiträge zum Wirtschaftsrecht Bd. 2, S. 590 f. 1931.
Mentzel, Franz: Kommentar zur Reichskonkursordnung, 1932.
Meyer, Herbert: Das Publizitätsprinzip im deutschen Recht, 1909.
— Vom Rechtsschein des Todes, 1911.
— Das Akzept, 1918.
— Handelsregistererklärung und Widerruf der Prokura. ZHR. 81, S. 365 ff.
Möhler, Eugen: Die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages bei der offenen Handelsgesellschaft. Diss. Tübingen 1907.
Moos, Felix: Die Interessenkonflikte bei betrügerischem Abschluß von Gesellschaftsverträgen. Diss. Tübingen 1911.
Naendrup, Hubert: Rechtsscheinforschungen Heft 1 und 2, 1910.

— Die Ersitzung als Rechtsscheinwirkung. Festgabe für das Reichsgericht 3. Bd., S. 35 ff. 1929.
— Rechtseinwirkungen im Aktienrecht. Beiträge zum Wirtschaftsrecht 2. Bd., S. 825 ff.

Nagler, Johannes: Die gesamte Hand im Gesellschaftsrecht. Sächsisches Archiv für bürg. Recht Bd. 10, S. 695 ff.

Natter, Edmund: Die teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte. Diss. Tübingen 1907.
Neufeld-Schwarz: Handelsgesetzbuch ohne Seerecht, 1931.
Oertmann, Paul: Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtsschein. ZHR. 95, S. 443 ff.
Oppikofer, Hans: Die Gefährdungshaftung im englischen Recht. Beitr. z. Wirtschaftsrecht 2. Bd., S. 1027 ff.

Petersen: Parteibegriff und Parteifähigkeit. ZZP. 18, S. 1 f.
Planck: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 1, 4. Aufl. 1913.
Pollock, Sir Frederic: A Digest of the Law of Partnership, London 1930.
Prausnitz, Otto: Rechtsschein und Wirklichkeit im Handelsregister. ZHR. 96, S. 10 ff.

Rauch, Karl: Grenzen der negativen Publizität des Handelsregisters. Festgabe für Güterbock, 1910.

Recht, das, Rundschau für den deutschen Juristenstand (Recht).
Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ.).
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (OLG.).
Redlich, Max: Beiträge zur Bedeutung des § 15 HGB. im Zivilprozeß. Diss. Breslau 1931.

Reichsgerichtsräte-Kommentar 6. Aufl. 1928.
Riesenfeld, Stefan-Albrecht: Das Problem des gemischten Rechtsverhältnisses im Körperschaftsrecht, 1932.

Riezler, Erwin: Venire contra factum proprium, 1912.
Ritter: Das Handelsgesetzbuch, 1910.
Rodolphe-Rousseau: Traité Théorique et Pratique des Sociétés Commerciales. Paris 1921.

Rundstein: Der Widerspruch mit dem eigenen Verhalten in der Theorie des französischen Privatrechts. Arch. bürg. R. 43, S. 319 ff.
Ruth: Eintritt und Austritt von Mitgliedern. ZHR. 88, S. 454 ff.
Saleilles, Raymond: De la Personatlité Juridique, 2e Ed. 1922.
Schafheutle, Josef: Gesellschaftsbegriff und Erwerb in das Gesellschaftsvermögen, 1931.

Schoenfeld, Walter: Zur Konstruktion der offenen Handelsgesellschaft. Ih. Jhrb. 75, S. 331 ff.
— Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts. Festgabe für das Reichsgericht, 2. Bd., S. 191 ff., 1926.

Schreiber, Otto: Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht. Ih. Jhrb. 60, S. 106 ff.
— Die Kommanditgesellschaft auf Aktien, 1925.

Smith-Watts: A Compendium of Mercantile Law. Twelfth Ed. 1924.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch 1. Bd., 14. Aufl. 1932.
Staudinger: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. 1928.
Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich. 14. Aufl. 1928.
Stoll, Heinrich: Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen. LZ. 1923, S. 532 ff.

Titze, Heinrich: Das kaufmännische Hilfspersonal. Ehr. Hdbch. II 2, S. 456 ff.
Thaller, E.: Traité de Droit Commercial. Paris 1925.
Underhill: Principles of the Law of Partnership. Fourth Ed. London 1931.
Weismann, Jacob: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1903.
Weizsäcker, Hugo: Unrichtige Parteibezeichnung in der Klageschrift. ZZP. 27, S. 20 ff.

Wegener, Ulrich: Die Nichtigkeit der offenen Handelsgesellschaft (Voraussetzung und Rechtsfolge). Diss. Rostock 1928.

Wellspacher, Moritz: Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Recht, 1906.

Wieland, Alfred: Die Rechte des Gesellschafters gegenüber der Handelsgesellschaft, welche ihn durch Betrug zum Beitritt veranlaßt hat, in Konkurrenz mit den Ansprüchen der Gesellschaftsgläubiger. ZHR. 64, S. 58 ff.

Wieland, Karl: Handelsrecht Bd. 1. 1921.
— Besprechung von Lorenzo Mossa. ZHR. 96, S. 366.
Williams, Sir Roland: The Law and Practice in Bankruptcy. Thirteenth Ed. London 1925.
Wilutzky: Das Recht des äußeren Anscheins (prima facies). Recht 1907, S. 925 ff.
Woelz, Otto: Das Gesellschaftsvermögen nach bürgerlichem Recht und bei der offe- und Hypothekenbuch. ZHR. 81, S. 1 ff.
Wolff, Martin: Über einige Grundbegriffe des Handelsrechts. Festgabe für Otto Gierke, 2. Bd., S. 115 ff. 1910.
Wüstendörfer, Hans: Das Seeschiffsregister als Flaggenregister, Handelsregister und Hypothekenbuch. ZHR. 81 S. 1 ff.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begr. von Goldschmidt (ZHR.).
Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, begr. von Busch (ZZP.).

Die französische und englische Literatur wurde benutzt im Institut für ausländisches und internationales Privatrecht zu Berlin.

I. DIE RECHTSNATUR DER OFFENEN HANDELSGESELLSCHAFT

1. Die offene Handelsgesellschaft als juristische Person

Die Frage nach der Nichtigkeit der offenen Handelsgesellschaft und ihren Folgen steht in engem Zusammenhang mit der Frage nach der rechtlichen Natur der offenen Handelsgesellschaft. Dies seit jeher stark umstrittene Problem versuchte der Gesetzgeber durch Schaffung des § 105 HGB.[1]). der im ADHGB. nicht enthalten war, zur Lösung zu bringen. Trotzdem stehen sich noch heute drei Auffassungen gegenüber, die die offene Handelsgesellschaft als juristische Person, als Gesellschaft mit relativer Rechtspersönlichkeit oder als reine Gesellschaft ansehen. Daß eine einheitliche Lösung dieser Frage bisher noch nicht gelungen ist, erklärt sich daraus, daß die Grundgedanken des Gesellschaftrechts bei der Regelung der gesetzlichen Bestimmungen der offenen Handelsgesellschaft nicht einheitlich durchgeführt worden sind.

Die Anhänger der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft, vor allem Kohler[2]) und Eccius[3])[4]), glauben mit Hilfe ihrer Konstruktion zu einer einheitlicheren, dem Wesen der offenen Handelsgesellschaft in höherem Maße gerecht werdenden Lösung zu kommen. Der Grundsatz, die offene Handelsgesellschaft sei eine Gesellschaft, werde von so vielen Ausnahmen durchbrochen, daß die juristische Schönheit darunter leide[5])[6]).

Dem Wortlaut des § 105 HGB. mißt Kohler nur Bedeutung für das Innenverhältnis unter den Gesellschaftern bei, und die verschiedenartige Fassung der §§ 105 Abs. 1 und 178 HGB. glaubt er durch den Hinweis auf die widersinnige Bezeichnung der Aktiengesellschaft als Gesellschaft erklären zu können. Im übrigen stützt Kohler seine Lehre vor allem auf völkerrechtliche Erwägungen und tritt dabei besonders für den Sitz der offenen Handelsgesellschaft im Sinne des Aktienrechts ein.

Hinsichtlich dieser Frage ist es zu einer scharfen Kontroverse zwischen Kohler[7]) und Lehmann[8]) gekommen, in der sich Lehmann auf den positiven Gesetzesinhalt, § 2 Flaggenges., § 113 GVG. und die Denkschrift zum HGB.[9]) stützt.

Wenn auch nicht bezweifelt werden kann, daß sich völkerrechtlich aus der deutschrechtlichen Auffassung der offenen Hindelsgesellschaft im Gegensatz zu den meisten übrigen Rechten — von einer Einheitlichkeit der außerdeutschen Rechte kann keine Rede sein — gewisse Schwierigkeiten ergeben, können diese Gründe niemals so gewaltsame Interpretationen rechtfertigen wie die, zu denen Kohler gezwungen ist. Daß de lege ferenda eine eindeutige Regelung wünschenswert sei, wird auch von Lehmann[10]) betont.

[1]) Hahn-Mugdan S. 225.
[2]) ZHR. Bd. 74/459 ff., Arch. bürg. R. Bd. 40/229 ff.
[3]) ZHR. 32/1 ff.
[4]) Früher auch Stein Kommentar zur ZPO. 11. Aufl. 1913 § 50 II 4.
[5]) Kohler, Arch.bürg.R. S. 235.
[6]) Dagegen Nagler S. 727.
[7]) Kohler ZHR. 74/456 ff.
[8]) ZHR. 74/462 ff.
[9]) Hahn-Mugdan S. 225.
[10]) ZHR. 74/462.

2. Die offene Handelsgesellschaft als Gesellschaft mit relativer juristischer Persönlichkeit

Eine Mittelstellung zwischen der Auffassung der offenen Handelsgesellschaft als einer juristischen Person oder als einer Gesellschaft nimmt die Lehre ein, die in der offenen Handelsgesellschaft eine Gesellschaft mit Rechtspersönlichkeit sieht. Sie basiert darauf, daß die heute noch von Theorie und Praxis hauptsächlich vertretene Lehre, Subjekt der gesellschaftlichen Rechte und Pflichten seien die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit, vielfach durchbrochen worden ist. Den Hauptanlaß dazu bietet § 124 HGB. Nach allgemeiner Auffassung ist die Firma der Name, unter dem die Gesellschafter im Rechtsverkehr auftreten, Prozeßpartei sind demnach die Gesellschafter, zusammengefaßt unter ihrer Firma. Einerseits steht damit in Widerspruch, daß nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts nur die vertretungsberechtigten Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft den Parteieid[11]) leisten können, andrerseits stimmt dazu, daß die nicht vertretungsberechtigten Gesellschafter nicht als Zeugen[12]) vernommen werden, so dem Prozeß als Nebenintervenienten[13]) beitreten können. Ob der offenen Handelsgesellschaft das Armenrecht zuzubilligen ist, ist streitig. Für Verschulden ihrer vertretungsberechtigten Gesellschafter haftet sie nach der Rechtsprechung des RG. auf Grund von § 31 BGB., eine Haftung, die sich auch über § 126 HGB., wenn man unter Rechtshandlungen auch Unrechtshandlungen faßt, erreichen läßt.

Um diese Widersprüche auf eine einheitliche Formel zu bringen, versucht K. Wieland, der Hauptvertreter der Lehre von der Gesellschaft mit Rechtspersönlichkeit, eine Begründung aus dem Wesen der Rechtsfähigkeit der menschlichen Gemeinschaft. Von der Fiktionstheorie ausgehend, sieht Wieland in der fiktiven Rechtspersönlichkeit „nur ein technisches Hilfsmittel, dazu geeignet, gewisse Rechtssätze bequem abzuleiten und zu veranschaulichen, ohne daß damit das Vermögen aufhört, gemeinsames Vermögen zu sein"[14]). An anderer Stelle bezeichnet er die Fiktion als eine „zusammenfassende und veranschaulichende Formulierung eines größeren Komplexes von Rechtssätzen"[15]), als „eine Art Kurzschrift"[16]).

Diese Auffassung, die noch heute das französische Recht beherrscht, schließt nicht aus, daß trotz der Rechtsfähigkeit zwischen den einzelnen Gesellschaftern gesellschaftliche Beziehungen bestehen können. Wieland unterscheidet zwischen einer realen und einer fingierten Rechtspersönlichkeit und kommt zu dem Schluß, welche Form der Rechtsfähigkeit vorläge, bestimme sich „aus Inhalt und Zweck des konkreten Rechtsinstituts, nach Erwägungen, die von der juristischen Persönlichkeit gänzlich unabhängig seien"[17]). Welche Art der Rechtspersönlichkeit, ob die reale oder die fingierte, der Gesetzgeber aber im Einzelfall gemeint hat, darüber stellt Wieland keine grundsätzlichen Betrachtungen an. Seine für alle Handelsgesellschaften einheitliche Formulierung, denn gerade gegen den Dualismus in der Betrachtung der Handelsgesellschaften kämpft er an, geht dahin „sämtliche Handelsgesellschaften ... sind Gesellschaften, insofern sie sich auf Vertrag gründen, Gemeinschaften zu gesamter Hand, insofern ihr Vermögen gemeinsames Vermögen der Mitglieder ist, juristische Personen, insoweit sie nach außen

[11]) JW. 1912/755.
[12]) LZ. 1910/150.
[13]) Staub § 124, Anm. 14 JW. 1902/213.
[15]) a.a.O. S. 430.
[14]) Wieland S. 398.
[16]) a.a.O. S. 408.
[17]) a.a.O. S. 424.

nach gewissen Richtungen hin nach Art selbständiger Rechtsträger rechtlich behandelt werden"[18]).

Einen ähnlichen Versuch unternimmt Schreiber[19]), der davon ausgeht, daß ein einheitlicher Begriff der juristischen Person aus den Gesetzesnormen nicht herauszuarbeiten sei, daß dieser Begriff sich vielmehr aus einer Reihe von Elementen zusammensetze wie Name, Vermögen usw. Die dualistische Betrachtungsweise könne nur dann gerechtfertigt sein, wenn sich Gegensätze in der Mischung dieser Elemente ergäben. Schreiber schaltet deswegen zunächst den Begriff der juristischen Person vollständig aus und versucht, ihn aus den verschiedenen, konkret geregelten Organisationsformen neu zu gewinnen. Schreiber kommt zu dem Schluß, daß die Gegensätzlichkeiten zwischen den einzelnen Handelsgesellschaften nicht mit dem Gegensatz von Gesellschaft und juristischer Person zusammenfallen, vielmehr ergäbe sich in den meisten Fällen eine allmähliche Abstufung von sehr weit getriebenen Organisationsformen bis zum völligen Fehlen der Organisation; es bestehe also nach geltendem Recht kein Gegensatz zwischen Personenverbänden mit und ohne Rechtsfähigkeit. Wenn demnach ein Verband Rechtspersönlichkeit erhält, entsteht kein Novum, er ist in der Stufenleiter der juristischen Person nur etwas höher gerückt.

Wieland und Schreiber versuchen, dem Gegensatz zwischen Körperschaft und Gesellschaft seine begriffliche Schärfe zu nehmen[20]). Wenn aber Wieland[21]) die Frage, inwieweit einer Handelsgesellschaft Rechtspersönlichkeit zukomme, lediglich auf Zweckmäßigkeitserwägungen abstellen will, so muß dagegen eingewandt werden, daß der Unterschied zwischen der Zugehörigkeit zu einem Verband und der Zugehörigkeit zu einer Gesellschaft unverändert bestehen bleibt, wie sich aus der Art der Beziehungen der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft untereinander und der der Aktionäre zur Aktiengesellschaft ergibt. Offene Handelsgesellschaft und Aktiengesellschaft können sich wohl der äußeren Form, niemals aber der Sache nach annähern. Es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber so einschneidende Folgen nur aus „Inhalt und Zweck des konkreten Rechtsinstituts" hat regeln wollen. Diese flüssigen Grenzen, inwieweit bei einzelnen Fällen Gesellschaft oder juristische Person anzunehmen ist, würden, so betont Hamel[22]) in seiner Kritik der Wieland'schen Lehre mit Recht, die Rechtssicherheit gefährden, und es liegt daher im Interesse der Rechtsordnung, „die Qualität als Rechtssubjekt allgemein und unabhängig von dem Zweck der einzelnen Norm[23]) festzulegen."

Ähnliche Gedanken wie bei Wieland tauchen bei Schönfeld[24]) auf, der zu dem Schluß kommt, die Stellung als Rechtssubjekt ergäbe sich nicht aus irgendwelchen Begriffen, sie könne vielmehr nur aus dem Sinne des Gesetzes heraus bestimmt werden. „Darauf kommt es an, den Glauben zu zerstören, daß aus der Konstruktion als Rechtsperson oder Gesamthand irgend etwas zu folgern sei[25])."

Abzulehnen[26]) ist auch die Auffassung Jaegers[27]), der in der offenen Handelsgesellschaft eine „Mittelstufe der Rechtsfähigkeit zwischen In-

[18]) a.a.O. S. 425.
[19]) K.G.A. S. 1 ff.
[20]) Vgl. zum folg. Ruth ZHR. 88/458 ff.
[21]) Wieland S. 424.
[22]) Die Rechtsnatur der OHG. S. 12 ff.
[23]) a.a.O. S. 17.
[24]) Schönfeld Ih.Jhrb. 75/333 ff., vgl. aber Rechtsperson u. Rechtsgut in der Festgabe für das RG. S. 191 ff.
[25]) Ih.Jhrb. 75/374.
[26]) Gegen diese Lehre auch Nagler 702 ff.
[27]) Die OHG. im Zivilprozeß S. 14, LZ. 1910, S. 153/54.

dividuum und juristischer Person"[28]) sieht. Die Jaeger'sche Lehre leidet an Unklarheiten, da einmal die Rechtsfähigkeit, dann wieder der Mangel an Rechtsfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft in den Vordergrund gestellt wird, ohne daß dabei geklärt würde, welche Bedeutung die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft ohne juristische Persönlichkeit hat. Es fragt sich außerdem, ob die Schaffung einer solchen Mittelstufe der Rechtsfähigkeit mit dem materiellen Recht in Einklang steht.

An Unklarheiten leidet auch die Haff'sche Lehre, der den Begriff des „Rechtssubjekts zweiter Ordnung"[29]) einführt. Auch hier verwischen sich die Grenzen zwischen Gesellschaft und juristischer Person; Haff definiert den Unterschied zwischen Gemeinschaft zur gesamten Hand und offener Handelsgesellschaft dahin, daß er über die Gesamtheit der Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft eine Rechtsgröße stellt, eben die juristische Person zweiter Ordnung[30]). Andrerseits betont Haff, daß die Grenzen zwischen Einheits- und Vielheitssphäre nicht so streng durchgeführt sei wie bei den juristischen Personen[31]). Welchen Maßstab er im einzelnen anlegen will, ist aber aus seinen Ausführungen nicht zu entnehmen.

3. Die offene Handelsgesellschaft als Gesellschaft

Überwiegend vertreten Theorie und Praxis[32]) heute den Standpunkt, daß die offene Handelsgesellschaft eine Gesellschaft sei und das Vermögen Gesamthandvermögen der Gesellschafter. Das Gesamthandprinzip ist aber hier in stärkerem Maße durchgeführt als bei der Gesellschaft nach BGB. Es schafft neben den schuldrechtlichen Beziehungen der Gesellschafter untereinander eine nach außen wirkende, personenrechtliche Geschlossenheit[33]).

Durch seine scharfe Unterscheidung zwischen Rechtsperson und Rechtssubjekt, hat Schönfeld[34]), bis vor kurzem[35]) im Ergebnis noch in Übereinstimmung mit Wieland, viel zur Klärung des Wesens der Gesamthand beigetragen. Die Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft bilden zwar keine personale, wohl aber eine subjektive Einheit. „Sie sind ihrer personalen und materialen Seite nach Vielheit, insofern sie einen Personenverband und nicht eine Verbandsperson bedeuten, und sie sind formaljuristisch Einheit, insofern sie eine Subjektsform des Rechts erfüllen"[36]). Die gleiche Auffassung vertritt das RG.[37]), wenn es den Personenverband „nur im Verhältnis zu den Außenstehenden als ein einheitliches Rechtswesen" ansieht. Die Aktionäre einer Aktiengesellschaft bilden eine Person, die selbständig durch ihre Organe handelt, was auch für die Beziehungen der Aktionäre untereinander von Wichtigkeit ist, während bei der offenen Handelsgesellschaft die Gesamtheit der Gesellschafter ein Rechtssubjekt bildet, was weniger für sie als für ihre Gegner von Bedeutung ist.

4. Außerdeutsche Rechtsordnungen

Zur Kennzeichnung der außerdeutschen Rechtsordnungen sollen gegenübergestellt werden die französische société en nom collectif und die englische partnership

[28]) Ähnlich Grasshoff S. 125.
[29]) Institutionen S. 237.
[30]) Haff a.a.O. S. 237.
[31]) a.a.O. S. 239.
[32]) Dür.-Hach. § 105, Anm. 13; Staub § 105, Anm. 28; Makower § 105 1d; J. Gierke § 29 III; Nagler S. 727; RGZ. 69/229; 114/93; 117/262 u. a.
[33]) O. Gierke Gen. Theorie S. 435 ff.; Dtsch. Privatrecht I, S. 633 ff.
[34]) Rechtsperson u. Rechtsgut im Lichte des RG. S. 191 ff.
[35]) Ih.Jhrb. 75/333 ff. Der Gegensatz zw. beiden Auffassungen ist so scharf, daß man von einem „Bruch" in der Auffassung Schönfelds sprechen kann.
[36]) Schönfeld a.a.O. S. 225.
[37]) RGZ. 86/70.

Die société en nom collectif definiert Lyon-Caën[38]) als „une société dans laquelle les associés font le commerce sous une raison sociale et sont tous tenus solidairement et personnellement des dettes sociales"[39]), diese Definition weicht im wesentlichen nicht von der deutschen ab; denn aus ihr ergibt sich nicht, daß die herrschende Lehre[40]) in Frankreich die société en nom collectif als juristische Person betrachtet. Diese Auffassung ergibt sich nicht direkt aus dem Gesetz; sie wird gestützt auf art. 592 Cod. civ. und art. 69 cod. proc. civ. (die Gesellschaft kann unter ihrer Firma beklagt werden). „Aucune loi n'a introduit ce principe; il a été adopté et établi par la coutume commerciale et dans l'interêt des commerçants[41])."

der juristischen Persönlichkeit der société en nom collectif weniger auf theoretischen als auf praktischen Erwägungen beruht, wird stark betont von Lyon-Caën[42]), der auf die Kreditstärkung abstellt, die in dem ausschließlich den Gesellschaftsgläubigern reservierten Gesellschaftsvermögen beruht. Das Gesellschaftsvermögen gehört der Gesellschaft; die Gesellschafter sind nur Gläubiger ihres Gewinnanteils[43]). Die geleisteten Einlagen gehen in das Gesellschaftsvermögen über, und die Gesellschafter haben, solange die Gesellschaft besteht, keine Möglichkeit, sie zurückzuziehen.

Auch die Beantwortung der Nationalitätenfrage der société en nom collectif läßt die Selbständigkeit der Gesellschaft ihren Gesellschaftern gegenüber erkennen. Die Gesellschaft ist unabhängig von der Nationalität ihrere Gesellschafter[44]). Einer nur aus Ausländern bestehenden société en nom collectif, die ihren Sitz und ihre Fabrikniederlage in Frankreich hat, wird die französische Staatsangehörigkeit zugebilligt[45]).

Trotz dieser Selbständigkeit der Gesellschaft bestehen bei der société en nom collectif nicht nur Beziehungen zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern, sondern auch zwischen den Gesellschaftern als solchen, die sich aus der Entstehung der Gesellschaft durch gegenseitigen Vertrag erklären. Eine Möglichkeit der Übertragung des Gesellschaftsanteils im Wege der Zession ist ohne Zustimmung aller Mitgesellschafter ausgeschlossen; Tod oder Konkurs eines Gesellschafteres zieht die Auflösung der Gesellschaft nach sich, während der Konkurs eines Gesellschafters die Gesellschaft unberührt läßt.

Mit dem französischen Recht stimmt in allen wesentlichen Punkten überein das italienische Recht, wenn auch die juristische Persönlichkeit der società in nome collettivo vor allem von Manara[46]) und Navarrini[47]) bestritten wird.

Japan[48]), die Schweiz[49]) und Sowjetrußland[50]) erkennen trotz grund-

[38]) Traité de Droit Comm. II 1 n 175.

[39]) Vgl. auch die Definition d. schottischen partnership, die die jur. Persönlichkeit ausdrücklich anerkennt. „In Scotland a firm is a legal person distinct of the partner of wohm it is composed, but an individual partner may be charged on a decree or diligence directed against the firm, and on payment of the debts is entitled to relief pro rata from the firm and its members." Partnership Act 1890 s. 1. Aber auch in Schottland wird die partnership durch Tod oder Konkurs eines Gesellschafters aufgelöst. Vgl. Allan M'Nell p. 245.

[40]) Thaller n. 274, 299 ff.; Lyon-Caën p. 128 s, Pic n. 190 s; dagegen steht der deutschen Auffassung nahe Saleilles p. 300 s.

[41]) Fréméry vgl. Haberland S. 66. Anm. 2.

[42]) P. 129.

[43]) Cours de Cassation 24 juillet 1928 Gaz. Pal 1928. 688.

[44]) Lyon-Caën p. 134.

[45]) Req. 17. juillet 1930 D. P. 1. 163.

[46]) Nr. 422 ff.

[47]) Riv. per le science giuridicae 1901. S. 397 ff.

[48]) 44 in Verb. m. 63 Jap. HGB.

[49]) Artikel 559. 564. 568 Schweizer. Ziv. GB.

[50]) § 305 BGB. der R.S.F.S.R. (Freund S. 41).

säßlicher Bejahung der juristischen Persönlichkeit eine subsidiäre Haftung der einzelnen Gesellschafter mit ihrem ganzen Vermögen an für den Fall, daß die Gesellschaft aufgelöst oder erfolglos belangt worden ist.

Im Gegensaß zu dieser Regelung steht die englische partnership. Sie wird definiert als „the relation (partnership is not a contract but a relation resulting from a contract; the agreement is assumed by the Act) which subsists between persons carrying on a business in common with a view of profit"[51]). Die englische partnership ist nicht juristische Person; sie wird nur, wie Lindley[52]) es ausdrückt „for convenience" als eine quasi persona angesehen, und in diesem Sinne wird von den Gesellschaftern in ihrer Gesamtheit als von einer „firm" gesprochen. Das Gesellschaftsvermögen ist den Gesellschaftsgläubigern unter Ausschluß der privaten Gläubiger vorbehalten[53]). Es gehört den Gesellschaftern gemeinschaftlich als sogenanntes partnership-property, über das nur mit Zustimmung aller Gesellschafter verfügt werden darf. Der Konkurs der Gesellschaft zieht notwendig den Konkurs der Gesellschafter nach sich, während der Konkurs eines Gesellschafters ähnlich wie im französichen Recht die Gesellschaft nicht berührt, da troß des einen zahlungsunfähigen Gesellschafters die übrigen Gesellschafter im Stande sein können, die Verbindlichkeiten der partnership zu decken. Die Nationalität der partnership richtet sich nach derjenigen ihrer Gesellschafter.

Dieser kurze Überblick zeigt, daß, wie man sich auch zu der Frage der juristischen Persönlichkeit der Personalgesellschaften stellt, die geseßliche Regelung keine grundsäßlich unterscheidenden Merkmale aufweist. So führt Smith-Watts[54]) aus: „The „firm" is not recognized by the law of England as a body or legal person distinct from the individuals of whom the partnership is composed; the term is merely a convenient method of describing the partners collectively". Mit ähnlichen Worten charakterisiert Thaller die juristische Persönlichkeit der société en nom collectif als eine reine Fiktion. Er bezeichnet sie als „un terme commode destiné à représenter à l'esprit la condition de plusieurs personnes physiques soumettant un ensemble de biens à une gestion centralisée"[55]).

Diese Gegenüberstellung zeigt, daß die Entscheidung zu Gunsten oder zu Ungunsten der juristischen Persönlichkeit der Personalgesellschaften weniger auf prinzipiellen als auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruht[56]); die Zwitterstellung der Personalgesellschaft wird in keinem Fall beseitigt, ob man von einer quasi-persona, wie das englische Recht oder wie Lyon-Caën im gleichen Saß von der société en nom collectif als von einer société de personnes und von einem être moral spricht[57]).

II. DIE FEHLERHAFTIGKEIT DES GESELLSCHAFTSVERTRAGES.

Stellt man sich auf den Stanpunkt, die offene Handelsgesellschaft sei eine Gesellschaft, eine Auffassung, für die neben den positiven Geseßesbestimmungen auch die Absicht des Geseßgebers spricht, so ist zur Entstehung einer offenen Handelsgesellchaft notwendig ein Gesellschaftsvertrag erforderlich. Nach herrschender Meinung[58]) ist der

[51]) Partnership-Act 1899 s. 45; vgl. auch Andrew p. 10.
[52]) P. 32.
[53]) Andrew p. 216.
[54]) P. 43; vgl. auch Lindley p. 32; Andrew p. 10.
[55]) Thaller n. 280/81.
[56]) Vgl. Richier p. 289.
[57]) II 1 p. 173.
[58]) Staudinger (Geiler) II 3 § 705 II 2; Planck Vorb. IV vor § 705; Dür.-Hach. II 1. Anm. 42; Staub § 109. Anm. 5; Koenige-Teichmann § 105 Anm. 7.

Gesellschaftvertrag als ein gegenseitiger Vertrag aufzufassen. Zwar findet zwischen den einzelnen Gesellschaftern kein unmittelbarer Austausch der Leistungen statt; es ist dies aber nur eine Form des gegenseitigen Vertrages, kein Wesensmerkmal. Man wird einen gegenseitigen Vertrag auch dann annehmen müssen, wenn die Parteien sich gegenseitig verpflichten, an einen Dritten zu leisten. Wesentlich für den gegenseitigen Vertrag ist nur die Abhängigkeit der einzelnen Leistungsversprechen voneinander, und diese besteht zweifellos beim Gesellschaftsvertrag.

Da das HGB. keine besonderen Bestimmungen darüber enthält, kommen die allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Verträge zur Anwendung. Es ist aber die Frage, ob sich aus der Natur des Gesellschaftsvertrages nicht notwendig gewisse Modifikationen ergeben.

1. Die Möglichkeit der Nichtigkeitserklärung und Anfechtung.

Die Nichtigkeit eines Gesellschaftsvertrages ist nach bürgerlichrechtlichen Grundsätzen dann gegeben, wenn ein Formmangel[59]) vorliegt, wenn der Gesellschaft ein gegen die Gesetze oder die guten Sitten verstoßender Zweck gegeben ist oder die Teilnahme eines Jugendlichen ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters in Betracht kommt.

Es ist weiter zu prüfen, ob die Möglichkeit der Anfechtung eines Gesellschaftsvertrages in Betracht kommt. Für die Aktiengesellschaft wird diese Möglichkeit weitgehend eingeschränkt. Liegen für die offene Handelsgesellschaft die gleichen Gründe vor? Für die Aktiengesellschaft maßgebend ist das Bestreben, das Grundkapital mit Rücksicht auf die Verkehrssicherheit in seiner Höhe zu erhalten. Um die Gläubiger zu sichern, dürfen daher Auszahlungen an die Aktionäre nur erfolgen, wenn das Reinvermögen den Betrag der Grundkapitalsziffer übersteigt. Für die offene Handelsgesellschaft ist die Sachlage eine andere; hier besteht neben der Haftung des Gesellschaftsvermögens eine gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter für alle im Betriebe der offenen Handelsgesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten. Auch wenn man annimmt, daß bei wirksamer Anfechtung des Gesellschaftsvertrages die Gesellschafter ihre Einlagen zurückziehen können, eine Auffassung, die nicht unbedenklich erscheint, so bietet doch die persönliche Haftung der Gesellschafter den Gläubigern ein gewisses Äquivalent. Die gesetzliche Stütze für die Bestimmung des Aktienrechts liegt im § 213 HGB.; wenn hier ausdrücklich bestimmt wird, daß die Aktionäre ihre Einlage nicht zurückfordern können, so ist daraus zu schließen, daß auch eine Anfechtung der Beitrittserklärung, die eine Rückzahlung der Einlage zur Folge hätte, nicht statthaft ist[60]). Bei der offenen Handelsgesellschaft findet sich eine dem § 213 HGB. verwandte Bestimmung nicht; aus diesem Grunde ist die Möglichkeit der Anfechtung des Vertrages zu bejahen. Es kommen hierfür die gleichen Gründe wie im bürgerlichen Recht zur Anwendung. Der häufigste Fall ist der der Irrtumsanfechtung, aber auch die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und Drohung ist gegeben.

2. Der Zeitpunkt der Geltendmachung.

Aus der Bejahung der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit ergeben sich eine Reihe von Einzelfragen. Zunächst ist zu untersuchen, ob Nichtigkeit

[59]) Bei Einbringung eines Grundstückes ist die notarielle Form des Gesellschaftsvertrages nicht gewahrt.

[60]) RGZ. 82/377, 88/272, 118/274 u. a. Staub § 231. Anm. 4, § 189. Anm. 25. Wieland I. S. 497. Anm. 23. Breit ZHR. 76/415 ff., der aber Rückzahlung dann zulassen will, wenn sie aus Reservefonds erfolgen kann, das Grundkapital also nicht gemindert wird.

und Anfechtbarkeit zu jedem Zeitpunkt, also auch während der Liquidation und im Konkurse der offenen Handelsgesellschaft, noch geltend gemacht werden können.

2a) Liquidation

Die Liquidationsgesellschaft ist mit der werbenden Handelsgesellschaft nach herrschender Meinung[61]) identisch; sowohl die Novations- als auch die Fiktionstheorie werden heut abgelehnt; zwar ist die Gesellschaft keine werbende mehr, und daraus ergeben sich die gesetzlichen Bestimmungen; aber sie ist „ein neuer Abschnitt im Leben der Gesellschaft"[62]). Ihre Aufgabe ist es, die noch schwebenden Geschäfte abzuwickeln, das Handelsgewerbe zum Abschluß zu bringen. Das Vermögen bleibt Gesamthandvermögen; auch die Organisation der Gesellschaft bleibt mit gewissen Abänderungen zum Zwecke der Liquidation bestehen.

Da die Liquidation nur im Interesse der Gesellschafter stattfindet, sollen diese nicht schlechter gestellt sein als voher. Außerdem besteht jederzeit die Möglichkeit, die Gesellschaft vor Vollbeendigung unter Rückgängigmachung der Auflösung durch Zustimmung aller Gesellschafter wieder in eine werbende Gesellschaft umzuwandeln. Auch aus dieser Erwägung muß daher jedem Gesellschafter während der Liquidation die Geltendmachung von Nichtigkeit und Anfechtung möglich sein.

2b) Konkurs

Die Lösung der Frage nach der Geltendmachung von Nichtigkeit und Anfechtung im Konkurse ergibt sich aus der Erwägung, daß der Konkurs als Teil des Zivilprozesses zwar zum öffentlichen Recht gehört, aber der Durchführung rein privatrechtlicher Ansprüche zu dienen bestimmt ist. Der Konkursverwalter vertritt sowohl die Interessen des Gemeinschuldners als die der Gläubiger. Die Konkurseröffnung geschieht also nicht lediglich im Interesse der Gläubiger; daraus ergibt sich aber, daß auch die Gemeinschuldner im Konkurse ihre Rechte wahren können, daß ihnen also nicht die Möglichkeit genommen werden kann, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit auch noch während des Konkurses geltend zu machen. Für die herrschende Lehre ergibt sich hier die Schwierigkeit, daß sie den Gesellschaftern, da sie ja das Eigentum an ihren Einlagen nicht verloren haben, ein Aussonderungsrecht im Konkurse zugestehen muß[63]).

3. Die Anfechtungsgegner.

Eine weitere Frage ist die, wem gegenüber Nichtigkeit und Anfechtbarkeit geltend gemacht werden müssen, allen Gesellschaftern, den geschäftsführenden Gesellschaftern oder nur denjenigen Gesellschaftern gegenüber, in deren Person der Anfechtungsgrund gegeben ist. Auf Grund von § 143 BGB. erfolgt die Anfechtung durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner. Wenn man mit der herrschenden Meinung das Gesellschaftsverhältnis als einen gegenseitigen Vertrag auffaßt, so ergibt sich daraus, daß die Beziehungen nicht wie bei der juristischen Pereson zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern, sondern zwischen den Gesellschaftern unter einander bestehen. Die Gesellschafter sind also alle wechselseitig Vertragsgegner, daher ist die Anfechtung des Vertrages gegen alle, nicht nur gegen die vertretungsberechtigten Gesellschafter zu richten. Der in § 126 HGB. normierte Umfang der Vertretungsmacht umfaßt alle Geschäfte, die überhaupt

[61]) Dür.-Hach. II 2 Vorb. zum IV. Titel S. 378. Jul. v. Gierke § 23 II 3.

[62]) Dür.-Hach. II 2 Vorb. z. IV. Titel S. 738.

[63]) Vgl. Langen: Der Konflikt zw. Gesellschaftern u. Gläubigern. L. nimmt auf S. 13 ohne nähere Begründung die Zulässigkeit der Anfechtung nach Konkurseröffnung an.

ihrer Natur nach für die offene Handelsgesellschaft vorgenommen werden können. Der vertretungsberechtigte Gesellschafter vertritt die übrigen Gesellschafter in ihrer Eigenschaft als gemeinschaftliche Inhaber des Gesellschaftsvermögens. In den Rahmen der Vertretungsmacht fallen daher nicht diejenigen Rechtsgeschäfte, die die vertraglichen Grundlagen des Gesellschaftsverhältnisses, die innere Zusammensetzung der Gesellschaft betreffen[64]). Dahin gehört aber auch die Entgegennahme der Anfechtung, die demnach weder ein Akt der Vertretung noch der Geschäftsführung ist.

4. Die Anwendbarkeit von § 139 BGB. bei Teilnichtigkeit des Vertrages.

Die Voraussetzung für die Anwendung von § 139 BGB. ist, daß es sich um ein einheitliches, aber inhaltlich aus mehreren Teilen zusammengesetztes Rechtsgeschäft handelt. Die gleichzeitige Vornahme der Geschäfte muß von den Parteien absichtlich herbeigeführt worden sein, die beiden Akte bilden also ein Ganzes. Die einzelnen Rechtsverhältnisse bleiben dabei selbständig, trotzdem stehen sie in einem Abhängigkeitsverhältnis voneinander; wenn das eine nicht zur Entstehung gelangt, wird auch das andere nicht begründet[65]). Den Gegensatz dazu bilden Rechtsgeschäfte, die in einer rein zufälligen, bloß äußerlichen juristisch belanglosen Verbindung miteinander stehen[66]). Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nur zum Schein abgeschlossen, so kann § 139 BGB. überhaupt nicht zur Anwendung kommen, da dann nur der andere Teil gewollt ist.

Handelt es sich nun beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages um eine Mehrheit von Rechtsgeschäften oder um ein inhaltlich zusammengesetztes Rechtsgeschäft? Zunächst ist für die zusammengesetzten Rechtsgeschäfte ein gewisser historischer Zusammenhang erforderlich, wenngleich umgekehrt von einem historischen Zusammenhang nicht ohne weiteres auf ein einheitliches Rechtsgeschäft geschlossen werden kann[67]). Es muß außerdem ein wirtschaftlicher[68]) Zusammenhang zwischen den einzelnen Teilen gegeben sein, von dem „konkreten Geschäftszweck"[69]) aus gesehen darf die Verwirklichung des einen Vertragsteils nicht ohne den anderen gewollt sein. Diesen wirtschaftlichen Zusammhang schränkt aber Schreiber[70]) mit Recht dahin ein, daß die Parteien „an der Einheit des Vertrages ein schutzwürdiges Interesse haben müssen". Denn es kann nicht im Sinn der Rechtsordnung liegen, etwa einem gegen die guten Sitten verstoßenden Interesse den Vorteil des § 139 zu gewähren.

Neben diesem wirtschaftlichen Interesse muß eine Einheit im Rechtssinne bestehen, d. h. „die Entscheidung muß grundsätzlich aus dem Willen der Parteien hergeleitet werden; denn die verschiedenen Rechtsgeschäfte sind nicht nach Gesetz und Logik, sondern nach dem Willen der Parteien zu einem äußerlich einheitlichen Geschäft vereinigt"[71]). Die Parteien müssen also von sich aus gewollt haben, daß die einzelnen Rechtsgeschäfte nur im Zusammenhang miteinander Geltung haben sollen; sie müssen als gemeinsamer Vorgang gewollt sein und nur

[64]) Moos, Die Interessenkonflikte bei dem betrügerischen Abschluß von Gesellschaftsverträgen S. 18. Staub § 126. Anm. 2; Dür.-Hach. § 126 I 1 b, c; Wieland I S. 590. Anm. 24.

[65]) Vgl. Riesenfeld, Das Problem des gemischten Rechtsverhältnisses S. 63.

[66]) Riesenfeld a.a.O. S. 59.

[67]) Lang, Teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte S. 103.

[68]) Vgl. Kommentare zu § 139.

[69]) Vgl. Natter, Teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte S. 26.

[70]) Schreiber, Ih.Jhrb. 60/115.

[71]) André, Einfache, zusammengesetzte, verbundene Rechtsgeschäfte S. 11; vgl. Lang a.a.O. S. 105; Schreiber a.a.O. S. 115.

aus äußeren Gründen in Teilvorgängen zum Ausdruck kommen[72]). Es muß sich also um einen Fall der „unorganischen (die Selbständigkeit der beiden Rechtsverhältnisse bleibt gewahrt), der genetisch-abhängigen (instrumentalen) Verknüpfung"[73]) handeln.

Eine solche Verknüpfung ist aber nicht nur möglich für ein inhaltlich mehrere Teile umfassendes Rechtsgeschäft, sondern auch für ein solches, an dessen Abschluß mehrere Personen beteiligt sind. Das RG. und die herrschende Meinung haben sich auf den Standpunkt gestellt, daß als Teil eines Rechtsgeschäfts im Sinne des § 139 auch die Bestimungen darüber anzusehen seien, welche Personen als Beteiligte an einem Rechtsgeschäft mitwirken. Es ist aber auch hier an dem Erfordernis der Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts streng festzuhalten; neben den Begriff des Rechtsgeschäfts mit sachlich zusammengesetzten Inhalt tritt demnach das „Rechtsgeschäft mit persönlich zusammengesetztem Inhalt"[74]).

Es bleibt nachzuprüfen, inwieweit der Gesellschaftsvertrag die an einen einheitlichen Vertrag zu stellenden Anforderungen erfüllt. Der historische Zusammenhang ist dadurch gegeben, daß der Gesellschaftsvertrag von den Parteien gleichzeitig abgeschlossen wird. Der wirtschaftliche Zusammenhang ergibt sich bei der notwendig auf den gemeinsamen Betrieb eines Handelsgewerbes gerichteteten offenen Handelsgesellschaft von selbst. Auch das Abhängigkeitsverhältnis der einzelnen Beitrittserklärungen wird grundsätzlich zu bejahen sein, da die offene Handelsgesellschaft als Personalgesellschaft in sehr viel stärkerem Maße auf den persönlichen Qualitäten ihrer einzelnen Gesellschafter beruht als etwa die Kommanditgesellschaft, bei der der einzelne Kommanditist ohne Einfluß auf den Geschäftsgang der Gesellschaft durch einen ebenso kreditwürdigen ersetzt werden kann.

Wir kommen also zu dem Schluß, daß § 139 für den Gesellschaftsvertrag der offenen Handelsgesellschaft Anwendung findet[75]). Der Regelfall des § 139 wird dann gegeben sein, wenn eine offene Handelsgesellschaft auf den besonderen geschäftlichen oder sonstigen Qualitäten des anfechtenden Gesellschafters begründet ist, während die Anfechtung eines von Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafters das Weiterbestehen der Gesellschaft unter besonderen Umständen nicht berührt.

Für die Beitrittserklärung eines weiteren Gesellschafters will Natter[76]) die Anwendung des § 139 ablehnen; er sieht darin eine Aufhebung des alten und den Abschluß eines neuen Gesellschaftsvertrages; der neue Vertrag ist seiner Auffasung nach kein Teil des ursprünglichen Vertrages; daher hat die Nichtigkeit des neuen Vertrages auch die Nichtigkeit der den alten Vertrag aufhebenden Bestimmung zur Folge, sodaß der alte Vertrag wieder auflebt.

Dieser Auffassung ist nicht beizutreten[77]). Der Gesellschaftsvertrag kann das Ausscheiden eines Gesellschafters vorsehen; dann ist aber kein neuer Vertragsschluß zwischen den übrigen erforderlich, die Gesellschaft bleibt die gleiche, und der Anteil des Ausscheidenden wächst den anderen an. Analoges gilt für den Eintritt eines neuen Gesellschafters; er rückt in die Stellung als Gesamthändler ein, und ähnlich wie von einem Anwachsungsprinzip läßt sich hier von einem Abwachsungsprinzip[78]) sprechen. Der neue Gesellschafter tritt also dem Vertrage bei, eine Auffassung, die ihren Niederschlag auch in § 130 HGB. gefunden

[72]) RG. in LZ. 1919 S. 200 Nr. 7.
[73]) Riesenfeld a.a.O. S. 59.
[74]) Lang a.a.O. S. 26; vgl. André a.a.O. S. 19; Enneccerus I 1 § 189 4a.
[75]) Vgl. auch Knoke S. 26; dagegen Geiler bei Dür.-Hach. II 1 Anm. 43.
[76]) a.a.O. S. 104.
[77]) Vgl. auch Moos a.a.O. S. 51.
[78]) O. von Gierke: Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 26.

hat. Soweit also § 139 BGB. überhaupt auf den Vertrag Anwendung findet, bleibt die Anwendbarkeit auch bei Neueintritt eines Gesellschafters bestehen.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß bei Teinichtigkeit eines Gesellschaftsvertrages nach dem § 139 BGB. zugrunde liegenden Rechtsgedanken zu verfahren ist, „daß vorgenommene Rechtsgeschäfte so lange nach Möglichkeit zu schützen sind, als das mit der Parteiabsicht zu vereinbaren ist[79])."

III. DIE VERSUCHE ZUR AUSCHALTUNG DER NICHTIGKEITSFOLGEN.

Für den Fall, daß ein Gesellschaftsvertrag wirksam angefochten oder aus anderen Gründen nichtig ist, finden sich im HGB. bei der OHG. keine Vorschriften. Die Nichtigkeit der Aktiengesellschaft ist in den §§ 309 ff. HGB. geregelt. Diese Vorschriften können (vgl. S. 29 ff.) für die nichtige offene Handelsgesellschaft nicht zur Anwendung kommen. Auch für die Gesellschaft nach BGB. bestehen keine dahingehenden Vorschriften. Es muß daher auf die allgemeinen Vorschriften über Verträge zurückgegangen werden. Nach § 142 Abs. 1 BGB. ist ein angefochtenes Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig anzusehen.

Die rückwirkende Kraft der Nichtigkeit ist durchführbar nur für den Fall, daß die Gesellschaft ihre Geschäfte noch nicht begonnen hat. Wenn aber eine offene Handelsgesellschaft schon jahrelang ein Handelsgewerbe betrieben hat, — es sind Einlagen gemacht worden, die Gesellschaft ist Schuldnerin, Gläubigerin geworden, Prozesse schweben, — dann würde eine Rückgängigmachung der Gesellschaft ein Fülle von Unklarheit und Rechtsunsicherheit nach sich ziehen, die für die Wirtschaft untragbar wäre. Außerdem würde damit, wenn man die heute herrschende Meinung teilt, eine starke Benachteiligung der Gläubiger erzielt werden können, da den Gesellschaftern die Möglichkeit gegeben wäre, ihre Einlagen, die ihr Eigentum geblieben sind, in ihr Privatvermögen zurückzuführen. Auch bei einer gültigen offenen Handelsgesellschaft gibt es keine Vorschrift, die die Gesellschafter hindert, ihr Vermögen aus der Gesellschaft zu ziehen; die Sicherheit der Gläubiger wird jedoch dadurch gewährleistet, daß bei Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft der Konkurs eröffnet wird. Nach Konkurseröffnung hat aber der Konkursverwalter auf Grund von §§ 29 ff KO. die Möglichkeit der Anfechtung aller der Rechtsgeschäfte, bei denen die Voraussetzungen der §§ 29 ff vorliegen. Ist daher eine Vermögensverschiebung in der Absicht der Benachteiligung der Gläubiger erfolgt, — diese wird bei einer finanziell schwach stehenden Gesellschaft stets gegeben sein, — so kann sie angefochten werden. Den Gläubigern einer nichtigen offenen Handelsgesellschaft wäre diese Anfechtung unmöglich; denn wenn die Einlagen im Eigentum der Gesellschafter geblieben sind, so sind die Gesellschafter jederzeit berechtigt, über sie zu verfügen; soweit sich aber die Einlagen noch im Gesellschaftsvermögen befinden, steht den Gesellschaftern im Falle des Konkurses, den die herrschende Meinung zuläßt, ein Aussonderungsrecht zu.

Diese sich aus § 142 Abs. 1 BGB. ergebende starke Rechtsunsicherheit kann aber von dem Gesetzgeber nicht gewollt sei. § 142 Abs. 1 BGB. ist demnach für die nichtige offene Handelsgesellschaft nicht anwendbar; es liegt hier also eine Lücke des Gesetzes vor.

Streng durchgeführt ist der Gedanke der absoluten Nichtexistenz der Gesellschaft nur von der sogenannten klassischen französischen Nichtigkeitstheorie, die im Anfang des vorigen Jahrhunderts in Frankreich vertreten wurde und die Solon[80]) mit den Worten „les nullités sont

[79]) RG. Komm. 1. Bd. zu § 139. S. 228.

[80]) Théorie sur la nullité des conventions et des actes de tous genres en matière civile. 1835 p. VI.

odieuses" charakterisierte; aber auch dort setzte bereits um 1830 eine Richtung ein, die darauf hinzielte, daß, „la loi n'anéantit pas les faits accomplis. On méconnaîtrait les principes généraux du droit, si on refusait aux associés tout action pour régler les intérêts communs qu'établissent entre eux des faits accomplis"[81]). Auf dieser Grundlage hat sich die Theorie der französischen société de fait entwickelt, „comme une réaction de la vie contre les rigueurs des règles du droit positif logiquement déduite"[82]).

1. Die Haftung aus der Erklärung an die Öffentlichkeit (RG.)

Auch die deutsche Wissenschaft und Praxis hat zu diesen Fragen eingehend Stellung genommen. Es muß sich darum handeln, eine Haftungsgrundlage für die Gesellschafter einer solchen nichtigen Gesellschaft zu finden. § 15 HGB. scheidet für diese Begründung aus, da eine § 892 BGB. entsprechende praesumptio juris et de jure für die Richtigkeit des Handelsregisters fehlt[83])[84]).

Bedeutsam in diesem Zusammenhange ist allerdings die Entscheidung des RG. im 125. Bande S. 239 ff. Es handelt sich um den Fall, daß nicht die wahren sondern falschen Gesellschafter ins Handelsregister eingetragen sind. Das RG. führt aus, die nicht eingetragene Tatsache des richtigen Gesellschafterbestandes könne die Gesellschaft, in deren Angelegenheiten die wahren Gesellschafter einzutragen waren, einem Dritten, der sich mit ihr durch einen fälschlich als Gesellschafter eingetragenen Nichtgesellschafter rechtsgeschäftlich einläßt, nicht entgegensetzen, wenn der Dritte den wahren Sachverhalt nicht kennt. Dieser Dritte sei also gegen jeden Einwand der Gesellschaft aus der unrichtigen Eintragung des Gesellschafterbestandes im Handelsregister durch § 15 Abs. 1 geschützt. — Diese Entscheidung, die praktisch auf den guten Glauben des Handelsregisters hinausläuft, ist von der Literatur fast einstimmig abgelehnt worden[85]). Die unrichtige Eintragung hat in dem zur Entscheidung stehenden Fall nur die Wirkung, als wenn überhaupt nichts ins Handelsregister eingetragen wäre; daß trotzdem eine offene Handelsgesellschaft vorliegt, wird nicht bestritten. Es würde aber zu unhaltbaren Konsequenzen führen, wollte man die Gesellschafter an jede durch ein Versehen des Registerrichters entstandene falsche Eintragung mit all ihren Folgen binden.

In feststehender Rechtsprechung hat das RG. ausgehend von Treu und Glauben einen Rechtssatz des Inhalts entwickelt, daß, wer eine Erklärung in handelsüblicher Weise abgibt, an dieser Erklärung festgehalten werden kann, auch wenn sie unrichtig ist. Als öffentliche Erklärung in handelsüblicher Weise gilt insbesondere die Anmeldung zum Han-

[81]) Molinier: Traité de droit commercial 1846 p. 249.

[82]) Hémard Nr. 8.

[83]) Vgl. insbesondere Ehrenberg Handbuch I § 61 und H.Jhrb. 47/300.

[84]) Für die Ausdehnung der Rechtsprechung des RG. bis zum öffentl. Glauben des Handelsregisters vgl. Wegener, Nichtigkeit d. OHG S. 50. De lege ferenda auch Prausnitz ZHR. 96/318, der an Stelle des § 15 eine Vorschrift mit folg. Fassung setzen will: Zugunsten desjenigen, der mit einem Unternehmen ein Rechtsgeschäft abschließt, oder diesem gegenüber eine Rechtshandlung vornimmt, gilt der ordnungsmäßig veröffentl. Inhalt d. Handelsreg. als richtig, es sei denn, daß er die Unrichtigkeit kannte oder kennen mußte. — Vgl. zu RGZ. 125/239 ff. auch Keiss a.a.O. S. 55, der, im Ergebnis übereinstimmend mit Flechtheim und Jacobi, darauf hinweist, daß das RG. hier die Begriffe „eine nicht eingetragene wahre Tatsache gilt als nicht bestehend" und „eine eingetragene unwahre Tatsache gilt als wahr" verwechselt.

[85]) Vgl. Flechtheim, Jacobi, JW. 29/44 ff., Heinrich Mitteis ZBH. 30/365; der Begründung zustimmend Nord JW. 29/2597.

delsregister. Diese Auffassung des RG. beruht letzten Endes auf Rechtsscheinerwägungen; der durch die Erklärung in der Außenwelt hervorgerufene Rechtsschein soll geschützt werden. Diesen Schutz dehnt jedoch das RG. zu weit aus, so daß es in einzelnen Entschiedungen[86]) dem guten Glauben des Handelsregisters nahekommt. In diesen Entscheidungen läßt das RG. den Gedanken der Zurechenbarkeit außer Acht. Zwischen demjenigen, der den Rechtsschein erregt hat, und dem Rechtsschein muß ein Kausalzusammenhang bestehen, und der Erreger des Rechtsscheins muß für den Rechtsschein verantwortlich sein (vgl. S. 22 ff.) Unter Berücksichtigung dieser Einschränkungen lassen sich die unbilligen Ergebnisse des RG. vermeiden.

2. Die Gestionstheorie (Staub)

Diese Konsequenz vermeiden die Staub'sche Gestionstheorie und die Rechtsscheintheorie. Beide gehen davon aus, daß derjenige, der sich auf das äußere Auftreten als Kaufmann verlassen hat, in seinem Vertrauen geschützt werden muß. Beide Theorien gehen also im Grunde auf die gleiche Wurzel zurück, auf das Vertrauen auf den äußeren Tatbestand. Staub formuliert seine Lehre vom Scheinkaufmann dahin: „Wer sich als Kaufmann geriert, gilt als Kaufmann"[87]). Aus dieser Definition ergibt sich aber, daß Staub die Wirkung des äußeren Anscheins zu weit ausdehnt; denn das Wort „gilt" besagt, daß sich nicht nur der Dritte sondern auch der Scheinkaufmann selbst auf seine Kaufmannseigenschaft berufen kann, daß er also völlig so gestellt ist, als wenn er Kaufmann wäre. Darin liegt aber der Widerspruch zu §§ 2, 3 HGB., die für Betriebe, welche nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern, die Möglichkeit des Erwerbs vollkaufmännischer Eigenschaften durch Eintragung in das Handesregister vorsehen. Diese Vorschriften würden sich auf dem Umwege über die Gestionstheorie umgehen lassen, da jedem die Möglichkeit gegeben wäre, durch vollkaufmännisches Auftreten Vollkaufmannseigenschaft zu erwerben. In den neuesten Auflagen schränkt Bondi allerdings diese Auffassung in gewisser Hinsicht ein. So vertritt er in der 14. Aufl. (1932) die Meinung, daß die Geltung infolge kaufmännischen Auftretens nicht allgemein sondern nur gegenüber dem Vertragsgegner, der sich mit jenem im Vertrauen auf seine Vollkaufmannseigenschaft in ein Vertragsverhältnis eingelassen hat, zur Anwendung komme. Nur der redliche Verkehr soll geschützt werden. Die eigentümliche Auffassung der Gutgläubigkeit in Bezug auf das „als Kaufmann gelten wollen" ist aber nach wie vor bestehen geblieben. Grundsätzlich muß der Scheinkaufmann zwar den Schein gegen sich gelten lassen, aber er kann sich niemals darauf berufen[88]). Die grundlegenden Bedenken gegen diese Lehre bleiben aber trotzdem bestehen.

In einer Reihe von Entscheidungen hat sich das RG.[89]) zunächst den Staub'schen Standpunkt zu eigen gemacht. RGZ. 89/163 geht aber entschieden von der früher vertretenen Meinung ab. Diese Entscheidung stellt darauf ab, daß ein Rechtsschutzinteresse nur für den redlichen Verkehr gegeben ist, daß es sonst an jedem Rechtsgrunde dafür fehle, einen nicht eingetragenen Nichtkaufmann lediglich deswegen den Vorschriften über Kaufleute zu unterwerfen, weil er als Kaufmann aufgetreten sei. Hiermit stellt sich das RG. in bewußten Gegensatz zu Staub, indem es den redlichen Verkehr und nicht den Scheinkaufmann in den Vordergrund stellt.

[86]) RGZ. 125/239 ff.

[87]) Staub (Bondi) Anhang zu § 5 (13. Aufl.); vgl. Brand, Kommentar zum HGB. § 123, Anm. 3b; Staub 6./7. Aufl. 1900 Exkurs zu § 5, Anm. 1.

[88]) Anh. zu § 5, Anm. 7.

[89]) RGZ. 40/146; 50/429; LZ. 1913/550/52.

3. Die Rechtsscheintheorie

a) Deutsches Recht

Auch die Rechtsscheintheorie geht im Gegensatz zu Staub von dem vertrauenden Dritten aus und will ihn so stellen, als wenn der andere Teil in Wahrheit Kaufmann gewesen sei. Ausgehend von dem allgemeinen Rechtsgedanken des Veranlassungsprinzips, daß auch derjenige, der ohne Verschulden einen Schaden herbeigeführt hat, sich haftbar macht, bietet sie die Möglichkeit eines ausreichenden Schutzes für den gutgläubigen Verkehr.

Einer der Hauptvertreter der Rechtsscheintheorie, Herbert Meyer, geht davon aus, daß das Recht „die typische Form als die regelmäßige, erkennbare, kundbare äußere Erscheinung der Rechte schützt, und daß es nur ausnahmsweise auf den von der Norm abweichenden, versteckten, inneren Kern der Erscheinungen“[90]) eingeht. Diese „äußere Erscheinung der Rechte“ gleichgültig, „ob der innere Kern der Erscheinungen“ mit der „äußeren Schale“[91]) übereinstimmt, ist es aber, die Herbert Meyer unter dem Begriff des Rechtsscheines versteht. Es ist dies eine Auswirkung des Publizitätsgedankens, der an einen gewissen Tatbestand wegen des von ihm erregten Scheines und des durch ihn erzeugten Vertrauens gewisse Rechtsfolgen knüpft, „deren Eintritt nach der Regel noch von weiteren Tatsachen und deren Nachweis abhängt[92])“. Dieses Auseinanderfallen der äußeren Erscheinung der Rechte und ihres versteckten, inneren Kerns kann beseitigt werden nur im Wege der Anfechtung, d. h. der Geltendmachung des materiellen Rechts gegeenüber dem Rechtsschein. „Stets trägt aber die Last des Nachweises und gegebenenfalls den entstandenen Nachteil oder Schaden der in seiner Person die Veralassung zu der entstehenden Inkongruenz gegeben hat“[93]). Es handelt sich also beim Rechtsschein um ein Auseinanderfallen des äußeren Anscheins und des in Wahrheit zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses, um eine „Inkongruenz von Sein und äußerer Erscheinung“[94]). Dabei ist jedoch zu beachten, daß das Vorhandensein eines Rechtsscheins nichts über das wirkliche Bestehen eines bestimmten Rechtsverhältnisses aussagt. Es wird also nicht zu Gunsten eines gutgläubigen Dritten etwas als existent fingiert, was in Wahrheit nicht vorhanden ist[95]); darin liegt der Unterschied zwischen Fiktion und Rechtsschein. Nur der gutgläubige Dritte soll in seinem Vertrauen geschützt werden, während die Gestionstheorie in Bezug auf den Scheinkaufmann eine glatte Fiktion aufstellt.

Würde man den Rechtsscheingedanken in seiner ganz allgemeinen Fassung (Inkongruenz von Sein und äußerer Erscheinung) zur Anwendung bringen, müßte das zu unerträglichen Folgen führen. Vielmehr muß in zwei Richtungen eine Einschränkung stattfinden. Zunächst ist nicht jedes Vertrauen schutzwürdig, sondern nur „das nach Lage der Dinge berechtigte“[96])[97]). Nach der Verkehrsanschauung mußte der Dritte den Schein für Wahrheit halten dürfen. Hinter der den Rechtsschein bildenden Tatsache muß in der überwiegenden Mehrheit der Fälle das

[90]) Publizitätsprinzip S. 96.

[91]) a.a.O. S. 96.

[92]) Manigk, Irtum u. Auslegung S. 258.

[93]) Publizitätsprinzip S. 96.

[94]) Keim, Das sog. Publizitätsprinzip S. 13.

[95]) Vgl. Krückmann Ih.Jhrb. Bd. 57/153: „Nicht jedes Nichtexistierende zwingt sondern nur das, das uns den Anschein erweckt, daß es wirklich Dasein habe. Es zwingt auch nicht, weil es nicht da ist, sondern umgekehrt, es zwingt, weil es dazusein scheint.“

[96]) Jacobi, Theorie der Willenserklärung S. 32.

[97]) Vgl. aber Fester, Die Bedeutung der Eintragung im Handelsreg., der grundsätzlich auch den Bösgläubigen schützen will. S. 75.

Recht wirklich vorhanden sein[98]). Es besteht demnach die Möglichkeit, wie H. Meyer ausführt, daß, wenn der Dritte mit zur Entstehung des Scheins beigetragen hat, beide Parteien den Schaden gemeinschaftlich tragen müssen[99]). Schutzwürdigkeit des Interesses ist auch dann nicht gegeben, wenn der Dritte von dem Rechtsschein keinerlei Kenntnis hatte. „It also follows that no person ... can be fixed with liability on the ground that he has been held out as a partner, unless two things concur viz: first the alleged act of holding out must either have been done or kwowingly suffered by him and secondly it must have been known to the person seeking to avail himself of it[100])."

Die andere notwendige Einschränkung ergibt sich aus der starken Betonung des Veranlassungsprinzips. Es muß ein Kausalzusammenhang zwischen der Rechtsscheinwirkung und dem sie veranlassenden Subjekt bestehen, und der Rechtsschein muß dem Veranlasser zuzurechnen sein, ein Erfordnernis, das Manigk kurz zusammenfaßt mit den Worten: „Der den Rechtsschein schaffende Tatbestand muß demjenigen rechtlich zurechenbar sein, gegen den er wirken soll[101])." Das Außerachtlassen dieses Prinzips muß notwendig zu einer starken Überspannung des Rechtsscheingedankens führen, es begünstigt die Verkehrssicherheit in unverhältnismäßig hohem Maße und führt auf diesem Wege wieder zu der Rechtsunsicherheit, deren Bekämpfung der Ausgangspunkt für die Rechtsscheintheorie war, zurück.

Dieser Einwand muß vor allem gegen Naendrup gemacht werden. Naendrup unterscheidet zwischen Rechtserscheinung, Rechtsanschein und Rechtswahrscheinlichkeit, letztere beide als Schein der Rechtserscheinung und kommt in seinen „Rechtsscheinforschungen" zu einem ähnlichen Ergebnis wie H. Meyer. „Das Vertrauen auf den Schein soll dem Vertrauenden nicht zum Schaden gereichen. Der Schaden soll vielmehr regelmäßig auf denjenigen abgewälzt werden, durch dessen Willen, Fahrlässigkeit ode Veranlassung der Schein entstanden oder bestehen geblieben ist[102])." Nur aus besonderen Zweckmäßigkeitserwägungen will Naendrup hier von dem Veranlassungsprinzip absehen, während er später[103]) als die drei Elemente der Rechtsanscheinwirkung einen vom objektiven Recht als zuverlässig anerkannten Rechtsanschein, Vertrauen auf diesen Rechtsanschein und Schutzwürdigkeit dieses Vertrauens fordert. Besonders stark wirkt sich diese Auffassung aus in den „Rechtsscheinwirkungen im Aktienrecht"[104]). Daß es sich bei der nichtigen Aktiengesellschaft um einen wirklichen Fall des Rechtsscheins handelt, darauf weist schon H. Meyer hin, der mit Recht die Haftung der Aktionäre auf Zahlung der rückständigen Einlagen hierauf zurückführt[105]). Daß die „Anfechtung" auch hier rückwirkende Kraft hat wie stets bei Anfechtung des Rechtsscheins, ergibt sich daraus, daß die Aktiengesellschaft bis zur Anfechtung auf Grund des Scheins für gültig behandelt wurde, nach der Anfechtung nur insoweit Interessen der Drittkontrahenten in Frage kommen[106]).

Aus der auf dem Veranlassungsprinzip basierenden Haftung, die unter Umständen ohne Verschulden eintritt, ergibt sich, daß sich die

[98]) Jacobi a.a.O. S. 33.

[99]) H. Meyer, Vom Rechtsschein des Todes S. 85.

[100]) Lindley S. 76.

[101]) Manigk in Beiträge zum Wirtschaftsrecht Bd. 2, S. 596 ff.; vgl. auch ders. Irrtum u. Auslegung S. 259; H. Meyer, Publizitätsprinzip S. 85/94; Wellspacher: Vertrauen auf äußere Tatbestände S. 90; Lorenzo Mossa (Bespr. v. Wieland) ZHR. 96/366.

[102]) Rechtsscheinforschungen Heft 1, S. 35.

[103]) Ersitzung als Rechtsscheinwirkung S. 36.

[104]) Beitr. z. Wirtschaftsrecht Bd. II, S. 825 ff.

[105]) ZHR. 81/393.

[106]) ZHR. 81/396.

Rechtsscheintheorie bewußt über gewisse Rechtskonsequenzen hinwegsetzt, sie begünstigt die Verkehrssicherheit auf Kosten der Rechtssicherheit, eine Auslegung, die nur dann gerechtfertigt erscheint, wenn derjenige, auf dessen Kosten sie geschieht, auch tatsächlich den Anlaß zur Erweckung dieses Scheins gegeben hat[107]). Es handelt sich hier um eine Kollision der Interessen des Einzelnen mit den Interessen der Gesamtheit, die ihm in dem Dritten gegenübertritt[108]). „Es ist aber," wie O. Fischer[109]), der die Lehre H. Meyers grundsätzlich billigt, ausführt, „wenn man die Interessen aller Beteiligten gegeneinander abwägt und auch die soziale Aufgabe des Privatrechts beachtet, nicht ungerecht, wenn die privatrechtliche Regelung ausnahmsweise einen für den Betroffenen harten Rechtsverlust nach sich zieht."

b) Außerdeutsches Recht

Der Gerdanke des Publizitätsprinzips, des Rechtsscheins, der zuerst von den Germanisten für den Quellenkreis des deutschen Rechts beobachtet wurde, durchzieht indessen „die Rechte aller Zeiten und aller Völker mit naturrechtlicher Kraft"[110]), wenn auch die Ausdehnung je nach der Grundeinstellung des Rechts eine verschiedene ist. Der erste, der sich eingehend rechtsvergleichend mit diesem Problem beschäftigt hat, war Riezler[111]).

aa) Die Estoppel-Lehre

Das Hauptgewicht seiner Untersuchungen legt Riezler auf die englische Estoppel-Lehre[112]). Zwar wird das englische Recht auch heute noch grundsätzlich beherrscht vom Verschuldensprinzip, worauf neuestens Oppikofer[113]) in einem Aufsatz über die „Gefährdungshaftung im englischen Recht" hinweist; in einzelnen Füllen wird jedoch auf die Gefährdungshaftung zurückgegriffen, ohne daß aber ein für die englische Rechtsprechung allgemein gültiges Rechtsprinzip hierin gefunden werden kann[114]).

Ein weit stärkerer Einfluß auf das englische Recht kommt der sogenannten Estoppel-Lehre zu, die darauf beruht, daß der Einzelne sich nicht mit seinem factum proprium in Widerspruch setzen darf. Die Definition der Termes de la Ley besagt: „Estoppel is when one is concluded and forbidden in law to speak against his own act or deed, yea, though if be to say the truth[115])." Der Einzelne muß sich demnach unter Umständen auch an einer Unwahrheit festhalten lassen, eine Folge, aus der heraus die Estoppel-Bewegung aus ethischen Gründen stark angefochten worden ist[116]).

Für unsere Ausführungen kommt hauptsächlich das Estoppel by representation[117]) in Betracht. Wer im rechtsgeschäftlichen Verkehr durch bewußte Angaben oder durch sein Verhalten in dem Dritten (das kann auch ein größerer Kreis, etwa der Kundenkreis einer Firma sein) die Vorstellung von einer bestimmten Rechtslage er-

[107]) Vgl. Oertmann, ZHR. 95/458.
[108]) Vgl. Wilutzky im Recht 1907, S. 932.
[109]) Intern. Wochenschrift Bd. 3/1460.
[110]) Manigk, Irrtum und Auslegung S. 258.
[111]) Venire contra factum proprium.
[112]) Über die Bedeutung der Estoppel-Lehre für das deutsche Recht vgl. Wüstendörfer ZHR. 81/47 ff.
[113]) Beiträge z. Wirtschaftsrecht Bd. 2/1027 ff.
[114]) Vgl. Fletcher v. Rylands L.K. 1 Ex. 265 (1866) und die im Zusammenhang damit ergangenen Entscheidungen.
[115]) Riezler a.a.O. S. 55.
[116]) a.a.O. S. 71.
[117]) a.a.O. S. 58 ff.

weckt, muß diese Angaben auch in Zukunft gegen sich gelten lassen, gleichgültig, ob ihn ein Verschulden trifft oder nicht[118]). Dieser Rechtsgedanke entstammt dem Law of Equity, jener Rechtsprechung des Court of Chancery, die nicht gebunden an das durch Gewohnheit entwickelte Volksrecht, nach Billigkeitsprinzipien entscheiden konnte. Der Unterschied zwischen beiden Rechten zeigt sich auch hier, wo das Common Law der Gefährdungshaftung wenn auch nicht feindlich so doch zögernd gegenübersteht, während Equity sich auf den Standpunkt stellt: „It is perhaps only an application of one of those general principles, which do not belong to the municipal law of any particular country, but which we cannot help giving a fact to in the administration of justice, that a man cannot take advantage of his own wrong, a man cannot complain of the consequence of his own default against a person, who was misled by that default without any fault of his own[119])."

In Weiterentwicklung dieses Prinzips hat das englische Recht eine partnership by estoppel ausgebildet. „The law of England is that he who lends his name and credit to a firm, or suffers his name to be used by it, and, as the phrase is ‚holds himself out to the world' as a partner therein is liable for its engagements, and that, whether he have any real interest or not[120])." Für die partnership by estoppel genügt nicht ganz allgemein ein Auftreten als Gesellschafte; der Dritte muß vielmehr im Einzelfall zu seinem Vertrauen berechtigt gewesen sein[121]); die Kenntnis der Sachlage muß seinem Handeln vorangegangen sein, und er muß den Schein für Wahrheit gehalten haben[122]).

Für die Begründung der Haftung des Scheingesellschafters ist zunächst erforderlich, daß das holding out von der Partei selbst ausgeht. „The use of a man's name without his knowledge cannot make him a partner by estoppel[123])." Daraus ergibt sich, daß der Gebrauch des Namens eines verstorbenen partners keinerlei Wirkungen gegen dessen Erben auslösen kann[124]). Auch ein Minderjähriger kann aus seinem holding out nicht verantwortlich gemacht werden; wird er jedoch volljährig, so muß er sein Ausscheiden aus der Gesellschaft bekannt geben, da ihn sonst von diesem Zeitpunkt an die volle Veranwortlichkeit trifft.

Das zum holding out erforderliche Handeln kann auch in einem Unterlassen bestehen. Dies ist meist dann der Fall, wenn es sich um einenzurückgetretenen partner handelt. Er hat sein Ausscheiden nicht bekannt gegeben; „but he is estopped because he ought to have been acted"[125]); in seiner Eigenschaft als Gesellschafter war er verpflichtet „to observe in varying circumstances an appropriate mesure of prudence to avoid causing harm"[126]). Der ausscheidende partner muß daher seinen Austritt bekannt geben, um sich von der Haftung zu befreien; andernfalls handelt er „in disregard of some duty"[127]) und ist daher dem Dritten gegenüber für die Schulden der Gesellschaft weiter haftbar.

Zur Begründung der Haftung aus holding out ist „express

[118]) „The estoppel can be relied upon only by the person to whom the representation has been made in either way, and who has acted upon the faith of it", Underhill p. 80.

[119]) Court of Exchequer 1875.

[120]) Smith-Watts p. 40; Part. Act. s 14.

[121]) Ewart p. 521: the estoppel-assertor must be a person to whom immediately or mediately the misrepresentation was made.

[122]) a.a.O. p. 525.

[123]) Pollock: Law of Partnership p. 59; a. M. Underhill p. 80; cfr. Martyn v. Gray 1863.

[124]) Underhill p. 81; Lindley p. 83; Ewart p. 521.

[125]) Ewart p. 516.

[126]) Pollock „On Torts" p. 22.

[127]) Ewart p. 528

authority"[128]) nicht erforderlich; es genügt vielmehr, wenn aus dem ganzen Verhalten des Scheinpartners seine Absicht zu entnehmen ist. Die Kundgabe des Willens, demnächst einer Gesellschaft beitreten zu wollen, genügt jedoch zur Haftungsbegründung nicht.

Wie weit der Schuß des Dritten ausgedehnt wird, ergibt sich daraus, daß selbst der durch Betrug zum holding out veranlaßte partner dem Dritten haftet, wenn der Dritte von dem Betrug keine Kenntnis hatte. Die Entscheidung, ob der Dritte zu seinem Vertrauen berechtigt war, liegt bei dem Gericht, und es besteht die Möglichkeit, daß bezüglich des gleichen Gesellschafters die Haftung aus holding out einmal bejaht, ein anderes Mal verneint wird[129]).

Außerdem gilt aus Gründen allgemeiner Rechtspolitik für den Fall, daß zwei Personen einen Vertrag eingehen mit dem klaren Willen, nicht Gesellschafter sein zu wollen, der eine aber gleichwohl seinen Namen als Gesellschafter leiht, daß dieser gegenüber der Außenwelt als Gesellschafter behandelt wird. Dadurch sollen Gläubiger, die ihr Geld im Vertrauen auf den Namen hingegeben haben, vor Betrügereien geschützt werden.

Das gleiche gilt auch für den dormant partner (one, who though not ostensibly or nominally such, is in reality a[130]) partner). Hat ein Gläubiger seine Zugehörigkeit gekannt, so kann er ihn wie die andern Gesellschafter haftbar machen. Ein dormant partner kann aber ohne Bekanntgabe an die Öffentlichkeit ausscheiden, da er nur demjenigen haftet, der im Vertrauen auf den partner gehandelt hat.

bb) Die société de fait

Zwar steht die französische Rechtswissenschaft der Systematik nicht ablehnend gegenüber[131]), aber in ihrer grundsätzlich anderen Einstellung als der deutschen ist sie in viel höherem Maße auf die praktischen Konsequenzen, die sich aus einer solchen Lehre ergeben, eingestellt. Daraus erklärt sich, daß eine Lehre wie die von der rétroactivité des nullités des sociétés wohl für kurze Zeit auftauchen konnte, in der Unmöglichkeit ihrer Durchführung aber sehr schnell von Wissenschaft und Praxis erkannt wurde[132]).

Rechtsscheinwirkungen sind dem französischen Recht nicht unbekannt. Zunächst sei hingewiesen auf die Theorie von dem verdeckten Mandat, auf den sogenannten mandataire prêté-nom[133]). Es handelt sich hierbei um den Fall, daß ein Vertreter den Rechtsschein erweckt, in eigenem Namen zu handeln, während er in Wirklichkeit Beauftragter ist, ein Fall, den das deutsche BGB. in § 164 Abs. 2 entsprechend regelt; denn auch das französsche Recht besagt: „Le mandataire qui a traité en son nom personel, pour le compte d'un mandant devient le débiteur direct et personnel des tiers envers lesquels il s'oblige[134])."

Auch die Veranlassungshaftung spielt im französischen Recht eine gewisse Rolle. Zwar lehnt die neuere Theorie im Gegensatz zu früher grundsätzlich „das Risiko aus rechtmäßigem, eigenem Handeln"[135]) ab, läßt sie aber z. B. in gewissen Fällen der Erbenhaftung zu[136]).

Den Hauptanwendungsfall der Rechtsscheinwirkungen bildet jedoch die Lehre von der société de fait. Das französische Recht erkennt Handelsgesellschaften nur dann als wirksam an, wenn Eintragung und Pu-

[128]) Lindley p. 77.
[129]) cfr. Wood v. Duke of Argyll; Lake v. Duke of Argyll (Lindley p. 76).
[130]) Smith-Watts p. 38.
[131]) Vgl. Isay, Die Isolierung des deutschen Rechtsdenkens S. 22.
[132]) Hémard a.a.O. Nr. 5.
[133]) Rundstein, Arch. bürg. R. 43/362.
[134]) Cass. 8. 5. 72. D. 1872 I 384.
[135]) Rundstein a.a.O. S. 365.
[136]) a.a.O. S. 366.

blikation ordnungsmäßig erfolgt sind. Gleichzeitig besteht aber die Vorschrift, daß die Gesellschafter, die die Eintragung und Publikation unterlassen haben, Dritten gegenüber aber als Gesellschafter aufgetreten sind, diesen Formmangel den Dritten nicht entgegensetzen dürfen. Der Ausschluß dieser Unwirksamkeitsklage beruht, wie Rundstein[137]) ausführt, außer auf dem Verschulden der Gesellschafter, hauptsächlich darauf, daß Dritte in ihrem Vertrauen auf den Rechtsschein nicht geschädigt werden sollen[138]). „L'effet extérieur des stipulations sociales découle de la notoriété de la société. Cette notoriété, qui autorise les tiers à prendre la société pour ce qu'elle leur est apparue, rend aussi la société opposable aux tiers... Car la notoriété nécessairement acquise par l'accomplissement régulier des formalités de publicité ou de constitutions, elle peut être réalisée par les circonstances de fait[139])." Auch das französische Recht kennt den Grundsatz: „Ceux qui ont laissé les tiers croire à l'exisfence d'une société ont commis une faute et si un dommage en est résulté, ils en doivent réparation[140])." Wenn Hémard fortfährt: „La réparation la plus exacte est précisément de les traiter comme s'ils étaient de vrais associés et de les réputer liés par une société de la nature même de celle que les tiers ont pu croire exister entre eux[141])," so liegt darin ein starker Anklang an die Staub'sche Gestionstheorie; Hémard geht davon aus, daß die nichtige Gesellschaft bis zum Zeitpunkt der Geltendmachung der Nichtigkeit als vollgültig anzusehen sei; in konsequenter Durchführung dieser Auffassung läßt er den Konkurs über das Vermögen der nichtigen Gesellschaft zu und läßt sie durch Liquidation untergehen. Nach dieser Theorie besteht sogar die Möglichkeit, daß die Nichtigkeit der Gesellschaft den Gesellschaftern sowohl wie Dritten bekannt ist, daß die Folgen der Nichtigkeit aber erst in dem Augenblick eintreten, wo einer der Beteiligten sie geltend macht[142]). Trotzdem in diesem Fall von einer Gutgläubgkeit der Dritten nicht mehr die Rede sein kann, billigt ihnen Hémard[143]) die gleiche Stellung zu wie denjenigen, denen die Nichtigkeit unbekannt war. Diese Folgerung, führt zu weit. Ein Rechtsschutzbedürfnis besteht nur für ein schutzwürdiges Interesse; wer aber bei Kenntnis der Sachlage sich mit einer nichtigen Gesellschaft einläßt, muß sich über die Folgen seines Handelns klar sein und kann für sich keine bevorrechtigte Stellung verlangen.

Daß auch bei der société de fait das Veranlassungsprinzip eine gewisse Rolle spielt, ergibt sich daraus, daß derjenige, dessen Name ohne seinen Willen in einer Gesellschaftsfirma verwandt wird, nicht als Gesellschafter behandelt wird, es sei denn, daß er die Verwendung seines Namens bei Kenntnis der Sachlage widerspruchslos zuläßt[144]). Hier greift Art. 1382 des Code Civil durch, der besagt: „Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer."

---

[137]) a.a.O. S. 358 ff.

[138]) Vgl. Lyon-Caen-Renault II Nr. 222: ...ils ne doivent pas pouvoir se prévaloir à leur faute contre les tiers qui y sont demeuré absolument étrangers. Richier p. 131; Thaller Nr. 367.

[139]) Hémard Nr. 398.

[140]) Hémard Nr. 150.

[141]) Hémard Nr. 150.

[142]) Vgl. Lyon-Caën II. 1 Nr. 232: Les créanciers sociaux peuvent, à leur gré, invoquer ou ne pas invoquer la nullité de la société contre les associés.

[143]) Vgl. auch Staub § 123. Anm. 9.

[144]) Hémard n. 151; S. 1922. Trib. comm. de Lyon. Dies Urteil besagt, daß ausgeschiedene Gesellschafter, deren Name ohne Bekanntgabe in der Firma fortgeführt wird, sich der Haftung nicht mit der Begründung, daß sie nicht mehr Gesellschafter seien, entziehen können.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß die französische Lehre nicht ohne weiteres auf deutsche Verhältnisse übertragbar ist. Nach unserem geltenden Recht ist ein wirksam angefochtener Gesellschaftsvertrag ex tunc nichtig, es kann also die Regelung der Verhältnisse der Schein-OHG. nicht wie in Frankreich auf der Basis des Gesellschaftsvertrages erfolgen. Die deutsche Schein-OHG. muß vielmehr auf bürgerlich-rechtlichen, allgemeinen Grundlagen aufgebaut werden. Der Vergleich mit der société de fait dient lediglich dazu, das auch unserer Auffassung zu Grunde liegende Rechtsprinzip zu erläutern und nachzuweisen, daß die Grundlagen, die zur Entwicklung der französischen Lehre beigetragen haben, auch bei uns gegeben sind.

Eine Gegenüberstellung der Lehre von der société de fait mit der herrschenden deutschen Lehre ergibt, daß die deutsche Literatur und Rechtsprechung für die Personalgesellschaften noch heute mit gewissen Einschränkungen — man denke an die Möglichkeit des Konkurses, an die Bruchteilsgemeinschaft an dem in dem gemeinsamen Geschäftsbetrieb Erworbenen, — an der in Frankreich als rétroactivité absolue de la nullité gekennzeichneten Auffassung[145]) festhält. Diese Lehre war in Frankreich, so führte Richier[146]) aus, nur möglich in einer Zeit, in der Handelsgesellschaften nur eine untergeordnete Rolle spielten; als Hauptbeispiele führt er Gesellschaften zum Zwecke von Spiel, Conterbande und ähnlichem an. Wurden solche Gesellschaften rückwirkend für nichtig erklärt, so konnte von einer Verletzung schutzwürdiger Interessen oder Werte kaum gesprochen werden. Mit der zunehmenden Bedeutung der Handelsgesellschaften gibt jedoch die französische Rechtsprechung ihren Standpunkt auf; sie beginnt der tatsächlichen Lage Rechnung zu tragen. „La reconnaissance de la société de fait vis à vis des tiers est même nécessaire, puisqu'il est impossible de faire que les actes passés, les opérations réalisées en société n'étaient pas été faits, imposible de faire machine arrière, de telle sorte que tout soit remis dans le statu quo ante;" mit diesen Worten charakterisiert Hémard[147]) jene Rechtsprechung. Sie geht noch nicht so weit wie die Lehre Hémards; denn sie erkennt noch nicht die „autonomie du patrimoine social" an; die Gesellschaftsgläubiger stehen neben den persönlichen Gläubiger der einzelnen Gesellschafter; ein Sonderrecht an dem Gesellschaftsvermögen wird ihnen noch nicht eingeräumt. Darin sehen Hémard[148]), Loubers[149]) und die neuere Lehre ein Stehenbleiben auf halbem Wege. „Le fait est tout puissant à l'encontre des créanciers personnels comme des créanciers sociaux, aussi bien alors qu'il existe un défaut de publicité que lorsque la société est atteinte d'un autre vice de constitution[150])". Die société de fait ist vollgültig, bis ihre Nichtigkeit geltend gemacht wird; sie ist juristische Person und hat die volle Herrschaft über ihr Vermögen, das ihren Gläubigern vorbehalten ist. Diese Lehre ist heut in Frankreich, abgesehen von der Frage nach der juristischen Persönlichkeit der société de fait, auf die später einzugehen ist, allgemein anerkannt.

Die französische Regelung entspricht derjenigen, die in Deutschland für die Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung, also für die juristischen Personen des Handelsrechts, getroffen worden ist. Bei diesen beiden Gesellschaften geht man davon aus, daß eine juristische Person, die einmal funktioniert habe, nicht wie ein schuldrechtlicher Vertrag rückwirkend vernichtet werden könne; man trägt den fak-

[145]) Vgl. S. 31. Anm. 1. 2.
[146]) P. 146.
[147]) N. 364.
[148]) N. 365.
[149]) „Des sociétés de fait".
[150]) Loubers a.a.O. p. 220.

tischen Verhältnissen Rechnung und läßt die Nichtigkeitswirkungen ex nunc eintreten; Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung werden nach den Vorschriften über die Liquidation dieser Gesellschaften abgewickelt. Die Schwierigkeiten, die sich vor allem für die Aktiengesellschaft mit ihrer normalerweise großen Mitgliederzahl ergeben, haben zu dieser Regelung geführt. Daß eine analoge Anwendung dieser Vorschriften nicht möglich ist, darauf ist später einzugehen. Es soll hier nur darauf hingewiesen werden, daß dem deutschen Recht die Berücksichtigung tatsächlicher Verhältnisse nicht fremd ist, daß es sich vielmehr bei der Anwendung der Rechtsscheinprinzipien auf die nichtige OHG. lediglich darum handelt, einen auch in dem geltenden deutschen Recht enthaltenen Gedanken zur Vermeidung unbilliger Lösungen und zur Ausfüllung einer Gesetzeslücke zur Anwendung zu bringen.

cc) Die de facto corporation.

Noch einen Schritt weiter als das französische Recht geht das nordamerikanische Recht. Die sogenannte de facto corporation „exists where a number of persons have organized and acted as a corporation; have put on the habiliments of a corporation; have assumed the form and the features of a corporation; have conducted their affairs to some extent at least by the methods, and through the officiers usually employed by corporations: and have assumed the appearence, at least, of the counterfeit presentment of a legal corporate body[151])". Die de facto corporation erfordert also neben der Organisation das Auftreten als corporation. Sind diese Erfordernisse erfüllt, so besteht für den Privaten keine Möglichkeit, die Nichtigkeit geltend zu machen. Nur dem Staat als dem allein durch die Anmaßung von Korporationsrecht Verletzten steht das Recht zu, in einem direkten Verfahren die Liquidation herbeizuführen. Ob die Auflösungsklage erhoben wird, ist in das Ermessen des attorney general gestellt, der damit die Möglichkeit hat, bei leichten Verstößen die de facto corporation zu erhalten[152]). Die de facto corporation steht bis zur Auflösungsklage der de jure corporation vollständig gleich; auch wird der Auflösungsklage keine rückwirkende Kraft beigelegt. Auf den guten Glauben des Dritten kommt es in keinem Fall an; die Gültigkeit der Korporation ist ferner nicht auf den rechtsgeschäftlichen Verkehr beschränkt, es können auch Ansprüche aus unerlaubter Handlung gegen sie geltend gemacht werden. Den tatsächlichen Verhältnissen, dem Rechtsschein, wird durch diese Regelung in noch höherem Maße als im französischen Recht Rechnung getragen.

4. Weitere Theorien

Es ist nun noch kurz auf weitere Theorien einzugehen, die sich mit der Nichtigkeit der offenen Handelsgesellschaft befassen. Um auch die Möglichkeit des Schutzes für die Gläubiger einer nicht eingetragenen Gesellschaft zu haben, unternimmt Richard Cohn[153]) einen Lösungsversuch dahingehend, die Nichtigkeitswirkungen der offenen Handelsgesellschaft ex nunc eintreten zu lassen. Cohn begründet dies mit einem allgemeinen Grundprinzip, „daß bei allen auf die Dauer eingegangenen Rechtsverhältnissen, sobald sie in Vollzug gesetzt sind, die normale Folge der Nichtigkeit, d. h. die rückwirkende Vernichtung aller eingetretenen tatsächlichen Folgen nicht Platz greift"[154]). Der Gedanke einer „vom Recht nicht zu leugnenden tatsächlichen Rechts- und Vermögensgemeinschaft" veranlaßt ihn, die schutzwürdigen Interessen der Gläubiger wie

[151]) Machen I § 290, vgl. Kessler Zeitschr. f. ausl. u. intern. Privatrecht S. 182.
[152]) Kessler S. 485/86.
[153]) Die nichtige offene Handelsgesellschaft im Rechtsverkehr.
[154]) a.a.O. S. 78.

bei normaler Beendigung des Rechtsverhältnisses zu betrachten. Das bedeutet für die offene Handelsgesellschaft eine analoge Anwendung der Vorschriften der §§ 309/11 HGB., gegen die sich Cohn energisch verwahrt mit der allerdings an der Tatsache nichts ändernden Begründung: „In Wahrheit wird nur der einer analogen Verwendung wohl fähige Grundgedanke dieser Vorschriften übernommen; an eine Übertragung der im einzelnen getroffenen, auf die Bedürfnisse der rechtsfähigen Kapitalgesellschaften zugeschnittenen Regelung ist dagegen nicht gedacht"[155]).

Aus der Cohn'schen Formulierung geht hervor, daß er scharf zwischen offener Handelsgeschaft und Aktiengesellschaft scheidet. Die offene Handelsgesellschaft ist durch Vertrag entstanden, und ein wirksam angefochtener Vertrag ist nach den zwingenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts ex tunc nichtig. Wo der Gesetzgeber diese Wirkungen abschwächen will, hat er es ausdrücklich erwähnt (vgl. §§ 1344 Abs. 1, 1699 BGB.). Die Wirkung der Nichtigkeit aus Zweckmäßigkeitserwägungen zu teilen, d. h. sie teils ex nunc, teils ex tunc eintreten zu lassen, erscheint daher gegenüber den zwingenden bürgerlichrechtlichen Regeln ausgeschlossen. Daß die §§ 309 ff. HGB. sich aus der Rechtsnatur der A.G. als einer juristischen Person ergeben, beweist auch, daß sowohl für die Genossenschaft (§ 97 Gen. Ges.) als auch für die G. m. b. H. (§ 77 G. m. b. H. Ges.) die gleichen Vorschriften bestehen. Durch den zur Entstehung einer juristischen Person notwendigen Konstitutivakt wird ein Organismus ins Leben gerufen, der nach innen und außen handelnd auftritt und die staatliche Anerkennung durch Eintragen in ein öffentliches Register erlangt hat. Ein Beschluß kann als nicht vorhanden betrachtet werden; eine selbständig tätig gewordene juristische Person dagegen kann die Rechtsordnung nicht einfach ignorieren.

Alfred Wieland[156]) faßt die Gründung einer Handelsgesellschaft als ein doppeltes Rechtsgeschäft auf. Zunächst ist nach seiner Auffassung[157]) der Abschluß eines internen Gesellschaftsvertrages erforderlich. Wirksam wird die Gesellschaft aber erst durch einen Rechtsakt „konstitutiver Natur", nämlich der nach außen erklärten Dotierung des Gesellschaftsvermögens mit eigenem Vermögen der Gesellschafter. Die Haftung bedeutet für ihn nicht nur einen Teil des Gesellschaftsvertrages sondern auch des Konstitutivaktes, da erst mit der öffentlichen Deklaration der Einlagen der Gesellschafter die Gesellschaft zur Entstehung gelangen kann. Für die offene Handelsgesellschaft führt diese Theorie zu keinem befriedigenden Ergebnis, da für die offene Handelsgesellschaft ein bestimmtes Vermögen nicht begriffswesentlich ist.

IV. DER VON DER NICHTIGEN OFFENEN HANDELSGESELLSCHAFT ERZEUGTE RECHTSSCHEIN

1. Durch Eintragung ins Handelsregister

Wenn die Gesellschafter eine die Begründung einer offenen Handelsgesellschaft bekundende Eintragung ins Handelsregister veranlassen, erwecken sie dadurch, verbunden mit der Bekanntmachung bei einem unbestimmt großen Personenkreise, den Schein, eine gültige OHG. ins Leben gerufen zu haben. Wenn auch in einer solchen Bekanntmachung kein Vertragsangebot, keine Offerte ad incertam personam, wie Makower[158]) meint, zu erblicken ist, so genügt sie doch, um vertrauenden Dritten gegenüber einen Rechtsschein zu erwecken. Dem Erklärenden bleibt aber mangels einer positiven Bestimmung, die das

[155]) a.a.O. S. 82.
[156]) ZHR. 64/1 ff.
[157]) a.a.O. S. 72.
[158]) § 123 IVa.

Gegenteil vorschreibt, der Nachweis offen, daß der Dritte gar nicht durch die Erklärung zu seinem Verhalten bestimmt wurde[159]). Die Beweislast liegt hier demjenigen, der den Rechtsschein erweckt hat, ob, sodaß es stark erschwert ist, sich der Haftung auf diesem Wege zu entziehen.

Der Auffassung Wielands[160]), daß der Anmeldende den unrichtigen Eintrag nicht nur veranlaßt sondern auch verschuldet haben muß, kann nicht beigepflichtet werden; dies ergibt sich aus der starken Betonung des Veranlassungsprinzips. Auch die praktischen Konsequenzen der Wielandschen Lehre sind unhaltbar. In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle werden die Gesellschafter einer nichtigen offenen Handelsgesellschaft von der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit des Vertrages keine Kenntnis haben; es trifft sie also bezüglich der Eintragung kein Verschulden, und von dritter Seite könnte der Rechtsschein nicht gegen sie geltend gemacht werden.

Ein Geschäftsunfähiger oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkter kann aus seiner Erklärung an die Öffentlichkeit nicht haftbar gemacht werden[161]). Er kann eine solche Erklärung rechtswirksam nur mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters abgeben. Fehlt diese Zustimmung, so wird er behandelt, als ob eine Erklärung an die Öffentlichkeit überhaupt nicht erfolgt wäre[162]). Das Veranlassungsprinzip fehlt also, und der Rechtsschein kehrt sich nur gegen die geschäftsfähigen Gesellschafter.

Das gleiche gilt für denjenigen, der ohne oder gegen seinen Willen als Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft eingetragen ist; man denke etwa an den Fall, daß ein vollmachtloser Stellvertreter die Eintragung beantragt hat, oder daß sie vom Registerrichter erzwungen oder versehentlich vorgenommen ist. Es ist aber zu beachten, daß auf Grund von § 130 Abs. 2 FGG. demjenigen, der eine Eintragung beantragt hat, davon Mitteilung gemacht werden soll. Daraus ergibt sich, daß derjenige, der fälschlich eingetragen ist, unverzüglich Berichtigung der falschen Eintragung verlangen muß, eventuell Beschwerde nach § 19 erheben muß. Unterläßt der Eintragungsinteressent dies, so trifft ihn ein Verschulden. Er gibt damit zur Erregung eines Rechtsscheins Anlaß, den er gegen sich gelten lassen muß[163])[164]).

2. Durch das Auftreten im Geschäftsverkehr

Hat eine Handelsregistereintragung nicht stattgefunden, so kann von einer Publizitätswirkung der Eintragung nicht ausgegangen werden. Der normalen offenen Handelsgesellschaft liegt ein Vertrag zu Grunde; dieser Vertrag tritt nach außen in die Erscheinung durch das gemeinsame Auftreten der Gesellschafter; er kommt zustande durch den übereinstimmenden Willen der Parteien. Bei der Schein-OHG. besteht ein solcher Vertrag nicht; entweder er hat nie vorgelegen oder er ist ex tunc für nichtig erklärt worden. Trotzdem können sich für den Dritten aus äußeren Umständen Anhaltspunkte ergeben, die auf das Vorhanden-

[159]) Ehrenberg Hdb. I, 649.

[160]) Karl Wieland I, 237.

[161]) a. M. Klügel, der auch den Geschäftsunfähigen aus seiner Erklärung haftbar macht. Dieser Auffassung ist nicht beizutreten; der Gedanke des Schutzes des Geschäftsunfähigen ist ein unser gesamtes Recht durchziehendes Prinzip, von dem aus Gründen der Verkehrssicherheit nicht abgegangen werden kann.

[162]) Vgl. auch Art. 1125 Code Civil. JS. 1925 Trib. comm d'Alger 30. janvier 1924.

[163]) Meyer ZHR. 81/390; Hueck Arch. bürg. R. 43/441; RGZ. 19/197; JW. 1928/1586; Ehrenberg Ib.Jhrb. 47/336.

[164]) Für das englische Recht vgl. Watts p. 40: there is no duty to the creditor unless the „holding out" was with the partner's knowledge. — P. 60: A retiring partner may nevertheless continue liable, as though he were in facta partner, unless he takes the precaution of removing his name from the fird ... If in spite of his endeavours his late partners wrongfully persevere in using his name, that will not bind him".

sein eines solchen Vertrages schließen lassen. Liegt zwischen den Scheingesellschafter eine Übereinstimmung überhaupt nicht vor, so ist der Dritte nicht berechtigt, auf das Bestehen eines Gesellschaftsvertrages zu vertrauen. Es ist aber zu betonen, daß diese Übereinstimmung sich auch aus äußeren Merkmalen ergeben kann. Als Hauptmerkmale hierfür kommen ein gemeinschaftlicher Gewerbebetrieb in der Absicht der Gewinnerzielung, gemeinsames Tragen von Gewinn und Verlust und ein in gemeinschaftlichem Eigentum stehendes Vermögen in Betracht.

Der Gedanke einer Gesellschaft, die sich nur auf den äußeren Anschein gründet, taucht zuerst in der französischen Rechtsprechung auf; so besagt ein Urteil aus dem Jahre 1806[165]) „qu'il est des sociétés qui se contracteni re ipsa". In einer zu einer ähnlichen Frage ergangenen Urteilsbegründung von 1763 wird ausgeführt, daß „le commerce exige de la sincérité et qu'il n'est pas permis de tromper le public"[166]). Hémard unterwirft die société créée de fait den Regeln über die société de fait mit der Besonderheit, daß hier kein Gesellschaftsvertrag vorliegt, daß also Auseinandersetzung und Liquidation nach den allgemeinen Regeln zu erfolgen haben. Im übrigen liegt aber eine vollgültige Gesellschaft vor; das Gesellschaftsvermögen bleibt den Gesellschaftgläubigern ausschließlich vorbehalten, und die Gesellschafter haften für alle Gesellschaftsschulden. „Les tiers seront fondés à prétendre àl'existence d'une société qui, bien qu'irrégulière, doit lier ses membres et les obliger au payment des dettes sociales. Ils ne font que traiter les associés de la façon qu'eux-mêmes ont voulu en raison de leur attitude. L'apparence, dira-t-on, l'emportera sur la réalité[167])."

Es ist nun zu untersuchen, wann eine solche Scheingesellschaft vorliegt. Das argentinische HGB. legt als einziges in Artikel 298 die entscheidenden Merkmale gesetzlich fest:

„Es wird vermutet, daß eine Gesellschaft besteht oder bestanden hat, sobald jemand Handlungen vornimmt, welche einer Gesellschaft eigentümlich sind und welche in der Regel ohne Vorhandensein einer Gesellschaft nicht ausgeführt zu werden pflegen.

Dieser Art sind insbesondere: 1. Ein gemeinsamer und gemeinschaftlicher Geschäftsbetrieb; — 2. Eine gemeinschaftlich bewirkte Veräußerung, Erwerbung oder Zahlung. — 3. Wenn einer der Assoziierten sich als Gesellschafter bezeichnet und die übrigen nicht öffentlich Widerspruch dagegen erheben. — 4. Wenn zwei oder mehrere Personen einen gemeinschaftlichen Verwalter oder Geschäftsführer wählen. — 5. Der Gebrauch des Fürwortes „wir" oder „unser" in der Korrespondenz, den Büchern oder Fakturen oder anderen Handelspapieren. — 6. Die Tatsache, daß Briefe, welche an den Namen oder die Firma einer Gesellschaft gerichtet sind, angenommen oder beantwortet werden. — 7. Der Gebrauch des Namens mit dem Zusatz „& Co." — 8. Die Auflösung der Vereinigung in der bei einer Gesellschaft vorgeschriebenen Form[168]).

Diese Aufzählung, die für die entscheidenden äußeren Merkmale jeder Handelsgesellschaft zutrifft, kann jedoch nur gewisse Anhaltspunkte geben. „L'existence d'une situation ne se prouve pas comme se prouve l'existence d'un acte[169])." Es ist Sache der Gerichte, die einzelnen, für den Dritten erheblichen Tatsachen in ihrem Zusammenhang zu betrachten und zu entscheiden, ob der Dritte zu der Annahme einer Scheingesellschaft berechtigt war.

Für die nichtige OHG. ergibt sich daraus, daß jeder Dritte, der in berechtigtem Vertrauen auf eine solche Gesellschaft gehandelt hat, sich

[165]) Hémard n. 152.
[166]) Hémard n. 152.
[167]) Hémard n. 158.
[168]) Handelsgesetze des Erdballs IV 2.
[169]) Hémard Nr. 159.

auf dieses Vertrauen den Scheingesellschaftern gegenüber berufen kann; das Gesellschaftsvermögen ist zu seiner Befriedigung vorbehalten, die Gesellschafter haften ihm persönlich und solidarisch mit ihrem ganzen Vermögen. Der Dritte muß so stehen, wie er gestanden hätte, wenn die Gesellschaft zu Recht bestanden hätte.

Ist die Gesellschaft wegen Beteiligung eines beschränkt Geschäftsfähigen nichtig, so kann der beschränkt Geschäftsfähige auch in diesem Fall nicht haftbar gemacht werden. Bei der Prüfung der Wirkung des Handelsregistereintrags hat sich ergeben, daß der beschränkt Geschäftsfähige bei mangelnder Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters so behandelt wird, als ob er überhaupt keine Erklärung abgegeben hätte. Das gleiche gilt auch für die Beteiligung an dem Auftreten als OHG. Daß in diesem Auftreten eine Erklärung an die Öffentlichkeit liegt, hat das RG. ausgeführt. Ebenso wenig wie aus der Handelsregistereintragung kann der beschränkt Geschäftsfähige daher aus dieser Erklärung in Anspruch genommen werden, und der Rechtsschein kehrt sich auch hier nur gegen die geschäftsfähigen Glieder der nichtigen Gesellschaft.

V. DIE NICHTIGKEITSFOLGEN IM INNENVERHÄLTNIS

1. Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen

a) Versuch der Ausdehnung der Gesamthandvorschriften

Für die Gestaltung des Innenverhältnisses der Teilhaber einer nichtigen offenen Handelsgesellschaft ist die Hauptfrage, wie die Eigentumsverhältnisse am Gesellschaftsvermögen liegen. Es ist der Versuch gemacht worden, die Vorschriften über das Gesamthandeigentum[170] analog auch für die nichtige offene Handelsgesellschaft anzuwenden mit der Begründung, das BGB. zähle die Fälle des Gesamthandeigentums nicht erschöpfend auf, vielmehr sei das Gesamthandprinzip ein allgemeines Rechtsprinzip, das die den betreffenden Lebensverhältnissen entsprechende rechtliche Behandlung darstelle[171]. Diese Auffassung kommt zu dem Schluß, daß auch eine Liquidation[172] über das Vermögen der nichtigen Gesellschaft stattfinden müsse, kurz daß die Abwicklung der Geschäfte genau so zu geschehen hätte wie bei einer aufgelösten Gesellschaft mit der einzigen Ausnahme, daß rückständige Beiträge, weil auf Grund eines nichtigen Vertrages geschuldet, nicht nachzuleisten seien[173]. Es läßt sich nicht leugnen, daß diese Auffassung starke wirtschaftliche Erwägungen für sich hat, da einmal die sofortige Betriebseinstellung große Verluste mit sich bringt, durch die indirekt auch die Gläubiger benachteiligt werden, außerdem aber auch bei Überschuldung durch den Konkurs eine gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger gewährleistet wird[174].

Wenn diese Auffassung trotzdem nicht haltbar ist, so erklärt sich das aus dem rechtlichen Einwand, daß eine Ausdehnung der Vorschriften über Gesamthand nicht möglich ist. Dies geht ganz klar aus der Fassung des § 741 BGB. hervor, der davon spricht, daß die Vorschriften über die Gemeinschaft nach Bruchteilen Anwendung finden sollen, „sofern sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt". Damit hat der Gesetzgeber klar zum Ausdruck gebracht, daß die Bruchteilsgemeinschaft das primäre sei und nur in den vom

[170]) Ähnlich Moos a.a.O. S. 44 ff.

[171]) Vgl. Wölz, Das Gesellschaftsvermögen nach bürg. Recht u. bei der OHG. S. 119.

[172]) Für eine, wenn auch durch die Nichtigkeit des Vertrages beeinflußte Liquidation neustens Geiler a.a.O., Anm. 80, der die §§ 311 HGB., 77 G.m.b.H. analog anwenden will.

[173]) Wölz a.a.O. S. 117.

[174]) Über die Zulässigkeit des Konkurses vgl. S. 137 ff.

Gesetz speziell aufgeführten Fällen andere Vorschriften zur Anwendung kommen. Auch der Vertragsfreiheit sind Abreden über Gesamthandverhältnisse entrückt[175]).

b) Die herrschende Meinung und ihre Konsequenzen.

Das Problem, das auch bei der herrschenden Lehre über die Eigentumsverhältnisse am Gesellschaftsvermögen im Mittelpunkt steht, ist die Frage nach dem Erwerb in das Gesellschaftsvermögen. Bei der offenen Handelsgesellschaft werden die Einlagen den Gesellschaftern zu Gesamthandeigentum übertragen. Ist infolge des nichtigen Gesellschaftsvertages die Gesellschaft ex tunc nichtig, so hat niemals eine Gemeinschaft zur gesamten Hand bestanden; es konnte also auch niemals das Eigentum an diesen Einlagen an die Gemeinschaft übertragen werden. Bruchteilseigentum wrd von Richard Cohn[176]) mit einem Hinweis auf die Protokolle[177]) abgelehnt, der besagt: „Diese Auslegung begründet sich dadurch, daß die Übertragung zu Bruchteilsrecht ein Plus des Vertrauens bedeutet, weil dann jeder einzelne über seinen Bruchteil verfügen und dadurch den gewollten Gesellschaftszweck vereiteln könnte". Ganz paßt diese Stelle nicht, da es sich bei einer nichtigen Gesellschaft nicht mehr um eine werbende handelt, von einem zu vereitelnden Gesellschaftszweck also kaum noch gesprochen werden kann.

Da man nun nicht annehmen kann, daß die Einlagen im Augenblick der Nichtigkeit des Gesellschaftsverhältnisses rückwirkend herrenlos[178]) geworden sind, — die Gesellschafter wollten sie in ein Gesamthandvermögen einbringen und eine Dereliktionsabsicht liegt nicht vor, — bleibt nur noch die Möglichkeit, daß der einzelne Gesellschafter niemals das Eigentum an seiner Einlage verloren hat.

Für das während des Geschäftsbetriebes der nichtigen Gesellschaft Erworbene wird Bruchteilsgemeinschaft angenommen[179]), da es für den Dritten keine Rolle spiele, ob die Gesellschafter als Gesamthänder erwerben oder nicht.

Zu welchen Konsequenzen diese Auffassung führt, ergibt sich am besten aus einem Beispiel. A, B und C gründen eine offene Handelsgesellschaft, Zweck ist der Betrieb eines Warenhauses. A bringt das Grundstück und das Gebäude ein, B die Einrichtung und C das Warenlager. Das Warenhaus rentiert nicht; der Gesellschaftsvertrag wird mit Erfolg angefochten. Das bedeutet nach herrschender Meinung, daß das Eigentum am Warenhaus, an der Einrichtung und am Warenlager bei A, B und C geblieben ist. Im Augenblick der Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils besteht also für B und C die Möglichkeit, das Warenhaus auszuräumen; A verkauft das für ihn jetzt überflüssige Grundstück, und alle drei gehen in Konkurs. Die Gläubiger, die im Vertrauen darauf, daß ihnen im schlimmsten Falle Warenhaus und Warenlager verhaftet seien — vor Vermögensverschiebungen seitens der Gesellschafter waren sie durch die Möglichkeit der Anfechtung gesichert — mit der Gesellschaft in Geschäftsbeziehungen getreten sind, müssen sich mit den Privatgläubigern in die Konkursmasse teilen; denn von einer Trennung zwischen Privatgläubigern und Gesellschaftsgläubigern kann bei dieser Lösung keine Rede sein. Dadurch werden aber die Gesellschaftsgläubiger sehr viel schlechter gestellt[180]), während den Privatgläubigern ein

[175]) Staudinger II 2 § 420, Einl. II 2.
[176]) Vgl. Cohn a.a.O. S. 41, OVG. 62/266.
[177]) Prot. II, S. 430.
[178]) Vgl. auch Cohn a.a.O. S. 40/41; Wegener a.a.O. S. 33.
[179]) Cohn a.a.O. S. 41; Moos a.a.O. S. 21; Möhler a.a.O. S. 58.
[180]) Abweichend Cohn S. 92/93, der eine Verschlechterung der Stellung der Gesellschaftsgläubiger ablehnt.

Wert zufällt, mit dem sie nur auf dem Umweg über die Kündigung der Gesellschaft rechnen konnten.

Die Unbilligkeit dieser Lösung liegt klar zutage. Vom Standpunkt der Rechtsscheintheorie aus muß es unsere Aufgabe sein, eine rechtliche Grundlage zu schaffen, um die Gläubiger soweit als möglich so zu stellen, wie sie gestellt sein würden, wenn die Gesellschaft zu Recht bestanden hätte. Es muß also eine Möglichkeit gefunden werden, das Gesellschaftsvermögen auf dem Stande zu halten, den es zur Zeit der Nichtigkeitserklärung hatte.

c) Die Frage des Erwerbs in das Gesellschaftvermögen

aa) Durch Einlagen

Es ist jetzt die Frage zu untersuchen, wie sich juristisch der Erwerb in das Gesellschaftsvermögen vollzieht. Das Gesellschaftsvermögen ist ein Sondervermögen und zwar ein Ausnahmesondervermögen, d. h. es fällt nicht jeder Erwerb eines Gesellschafters in das Gesellschaftsvermögen, nur derjenige, für den gewisse besondere Voraussetzungen erfüllt sind. In diesem Zusammenhang spielt § 718 BGB. eine ausschlaggebende Rolle. Aus einer eingehenden Prüfung der Materialien in Verbindung mit dem Gesetzestext kommt Schafheutle[181]) zu dem Schluß, daß die Beiträge und das durch den Geschäftsbetrieb für die Gesellschaft Erworbene nur dann Gesellschaftsvermögen werden können, „wenn die für die Übertragung in die gemeinsame Rechtszuständigkeit sämtlicher Gesellschafter erforderlichen rechtsgeschäftlichen Voraussetzungen erfüllt sind"[182]). Für den Erwerb in das Gesellschaftsvermögen entspricht diese Auffassung der herrschenden Meinung.

Auf Grund von § 718 Abs. 1 BGB. wird das Gesellschaftsvermögen gebildet aus den Beiträgen der Gesellschafter und den aus der Geschäftsführung für die Gesellschafter erworbenen Gegenständen. Betrachten wir zunächst den Erwerb der Einlage. Aus dem oben Gesagten ergibt sich, daß die Einlage Gesellschaftsvermögen wird, wenn sie in die gemeinsame Rechtszuständigkeit aller Gesellschafter tritt, und wenn sie, wie sich aus der Natur des Gesellschaftsbeitrages ergibt, auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses geleistet ist.

Es ist nun die Frage, ob noch weitere Erfordernisse erfüllt sein müssen, um den Eintritt der Bruchteilsgemeinschaft zu verhindern und die Gesamthandzuständigkeit herbeizuführen. Von der herrschenden Lehre[183]) wird die Auffassung vertreten, daß noch ein besonderer Übertragungsakt erforderlich sei, um das Bruchteilseigentum in Gesamthandeigentum überzuführen, daß also die Bedeutung des § 718 Abs. 1 lediglich darin bestünde, „den Gesellschaftern die Ermächtigung zur Herbeiführung der gesamthänderischen Rechtszuständigkeit an den gemeinschaftlichen Gegenständen zu geben"[184]). Diese Auffassung wird begründet mit der Theorie der ungeteilten Mitberechtigung[185]); bei der Gesamthand sind danach die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit Träger des Eigentums, während bei der Bruchteilsgemeinschaft jedem einzelnen ein Teil zusteht; die Rechtszuständigkeit ist daher in beiden Fällen eine verschiedene, und für den Übergang von Gemeinschaftsvermögen in

[181]) Gesellschaftsbegriff und Erwerb in das Gesellschaftsvermögen S. 11.

[182]) a.a.O. S. 11.

[183]) Staudinger II 3 § 719 V c, RGRK. § 718 Z. 1; M. Wolff „Sachenrecht" § 88 II; Dür.-Hach. (Geiler) II 1, Anm. 161; Staub (Pinner) § 105, Anm. 29; RGZ. 68/417; 76/413.

[184]) Schafheutle a.a.O. S. 46.

[185]) O. Gierke, Dtsch. Privatrecht II, S. 385 ff., Arch.bürg.R. 19/119; Knoke a.a.O. S. 93/94; Kaufmann a.a.O. S. 45 ff.; dageg. (Theorie d. geteilten Mitberechtigung) Nagler a.a.O. S. 731.

Gesamthandvermögen muß nach dieser Auffassung ein besonderer Übertragungsakt erforderlich sein.

Damit unvereinbar erscheint die Theorie Schafheutles[186]) von der Entstehung der Gesamthandberechtigung kraft Gesetzes; „besteht an der Einlage bereits ein Bruchteilseigentum sämtlicher Gesellschafter[187]), so müßte, da die Voraussetzung der Übertragung der Einlage auf sämtliche Gesellschafter bereits erfüllt ist, die bloße Erklärung der Gesellschafter, daß die gemeinschaftliche Sache als Einlage gelten solle, bereits genügen, um sie nach der Auffassung von der automatischen Entstehung des Gesamthandvermögens Gesellschaftsvermögen werden zu lassen"[188]).

Das Gesetz enthält keinerlei Bestimmungen über die Umwandlung von Bruchteilseigentum in Gesamthandeigentum. Wenn die herrschende Lehre davon ausgeht, daß ein besonderer Übertragungsakt erforderlich sei, so setzt sie voraus, daß der Gegenstand allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zugestanden hat. Was geschieht aber in dem Fall, daß der einzubringende Gegenstand nicht bereits allen Gesellschaftern gemeinschaftlich ist? Es ist die Frage, ob auch dann nur Gesellschaftsvermögen entstehen kann, wenn Veräußerer und Erwerber sich darüber einig sind, daß der Erwerb in die Gesamthandzuständigkeit der Gesellschafter erfolgen soll. Diese Frage wird mit Schafheutle zu verneinen sein; denn in allen Fällen, in denen diese Einigung nicht ausdrücklich erfolgt, würde die gewöhnliche Form der Mitberechtigung eintreten, und es müßte stets der Beweis erbracht werden, daß die qualifizierte Einigung über die Entstehung der Gesamthandsberechtigung vorlag. Dies würde aber, wie Schafheutle[189]) betont, dem Sinne des Gesetzes widersprechen, das mit den Worten „die Beiträge ... werden gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter" „nicht nur die Ermächtigung zur Bildung von Gesellschaftsvermögen erteilt, sondern sich eine rechtsgestaltende Wirkung beilegt"[190]).

Eine Durchbrechung erfährt dies Prinzip nur für den Fall, daß es sich um Umbildung von Bruchteilseigentum in Gesamthandeigentum handelt. Hier ist mit der herrschenden Lehre ein besonderer Übertragungsakt anzunehmen auf Grund der Theorie von der ungeteilten Mitberechtigung. Dies ist jedoch die Ausnahme, den Regelfall bildet der Erwerb direkt in das Gesellschaftsvermögen.

Liegt dagegen bereits ein Gesamthandverhältnis unter den Gesellschaftern vor derart, daß eine allgemeine Gütergemeinschaft[191]), eine offene Handelsgesellschaft[192]) zwischen den gleichen Gesellschaftern bestanden hat, so ist ein besonderer Übertragungsakt nicht erforderich. Es wechselt weder der Rechtsträger noch das Rechtsverhältnis[193])[194]).

bb) Durch Geschäftsführung

Eine weitere Frage ist die des Erwerbs für die Gesellschaft durch Geschäftsführung. Hierbei ist zu scheiden zwischen rechtsgeschäftlichem

[186]) a.a.O. S. 47.

[187]) Wie es auch die herrschende Meinung bejaht.

[188]) a.a.O. S. 47.

[189]) a.a.O. S. 48.

[190]) a.a.O. S. 48.

[191]) Vgl. aber die abweichende Entscheidung des italienischen Kassationshofs vom 13./6. 1930 billigende Ausführung von F. Maroi in Rev. Arimest. XXX p. 957 u. Pic Rev. Arimest. VII p. 498 s. Nach frz. Recht ist eine Gesellschaft zwischen Ehegatten nichtig, weil sie dem Prinzip „de l'immutabilité des conventions matrimoniales" widerspräche; daneben stellt Hémard die Behauptung auf: „La femme est dans le mariage en état de subordination par rapport au mari; dans la société elle traiterait de pair avec lui." Nr. 85. Thaller Nr. 348, Art. 1388 C. civ.

[192]) Vgl. Cohn, Mehrere OHG. ders. Gesellschafter.

[193]) Gildemeister ZHR. 54/99 ff.; Kaufmann S. 75.

[194]) W. O. Cohn a.a.O. S. 6.

und tatsächlichem Erwerb. Für den rechtsgeschäftlichen Erwerb bestehen zwei Möglichkeiten. Entweder ein Gegenstand wird auch dann Gesellschaftsvermögen, wenn der Geschäftsführer im eigenen Namen handelt[195]), oder der Gegenstand kommt nur dann in das Gesellschaftsvermögen, wenn der Vertreter namens und in Vollmacht der Gesellschaft auftritt; sonst erwirbt der Vertreter für sich, und es ist ein besonderer Übertragungsakt erforderlich, um den Gegenstand in das Gesellschaftsvermögen zu überführen. Es ist also die Frage, ob auch ein stiller Stellvertreter für das Gesellschaftsvermögen erwerben kann.

Das RG.[196]) hat in früheren Entscheidungen diese Frage für die Sicherunsübereignung bejaht auf dem Wege über das antizipierte Besitzkonstitut, d. h. der Fiduziar erwarb unmittelbar Eigentum an den Sachen, die der Fiduziant erst in Zukunft erwerben sollte. In späteren Entscheidungen wird diese Rechtsprechung auch weitere Fälle ausgedehnt, allerdings mit anderer Begründung. Das RG. prägt den Begriff des Eigentumserwerbs für denjenigen, „den es angeht"[197])[198]). Es geht davon aus, daß es in den meisten Fällen dem, der das Egentum überträgt, gleichgültig sein wird, an wen er es überträgt.

Diese Lehre ist ausgebaut von Ernst Cohn in seinem Buch über „das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht." Cohn geht davon aus, daß der mittelbare Besitz, der demjenigen, für den erworben wird, zur Eigentumsübertragung verschafft werden muß, keine Fiktion sondern eine wenn auch beschränkte, tatsächliche Sachherrschaft sei. Dies ergibt für den bloß unbekannten Geschäftsherrn keinerlei Schwierigkeiten; bei dem noch unbestimmten Geschäftsherrn sieht Cohn die Übereignung solange als nicht vollendet an, als die Bestimmung noch nicht erfolgt ist. Eine gewisse Einschränkung nimmt Cohn dem RG. gegenüber dadurch vor, daß er dies Handeln auf die Fälle beschränkt, in denen typischer Weise Personen, die zu direkter Vertretung beauftragt sind, nach außen nicht als Vertreter aufzutreten pflegen. Dies wird im Verkehr hauptsächlich in den Fällen zutreffen, in denen dem Veräußerer nichts daran liegt, zu wissen, mit wem er es zu tun hat. Dadurch werden die meisten größeren Käufe, wo eventuell ein Zurückbehaltungsrecht und dergl. in Frage kommt, ausgeschaltet. Diese den Schutz des Veräußerers bezweckende Bestimmung kommt für das Verhältnis zwischen dem Vertreter und der offenen Handelsgesellschaft nicht in Frage. Der Veräußerer will nicht an jemanden veräußern, der ihm weniger sicher erscheint als sein Gegenkontrahent; erwirbt der Vertreter für die offene Handelsgesellschaft, so haftet dem Veräußerer sowohl die Gesellschaft als auch die einzelnen Gesellschafter; er ist also sicherer gestellt, als er glaubt.

Für die offene Handelsgesellschaft ist daher ein Erwerb in das Gesellschaftsvermögen durch stillen Stellvertreter in jedem Fall anzunehmen.

Dieser Erwerb ist aber, worauf v. Tuhr[200]) mit Recht hinweist, nur bei beweglichen Sachen möglich; bei Grundstücken kann es keinen Erwerb für denjenigen, den es angeht, geben.

Es ist nun zu untersuchen, ob neben diesen Erfordernissen zum Erwerb in das Gesellschaftsvermögen noch weitere Tatbestandsmerkmale notwendig sind, ob der Wille des erwerbenden Gesellschafters auf Bildung von Gesellschaftsvermögen gerichtet sein muß, oder aber ob beide Parteien sich darüber einig sein müssen, daß die Erwerbung

[195]) Enneccerus I 2 § 399[2] 4.

[196]) RG. 100/193; LZ. 1927/263; RG. Komm. § 164 III, Abs. 5; Enneccerus I § 167 II[5]; Planck § 164,5 c; Geiler a.a.O. Anm. 145.

[197]) Vgl. S. 78, Anm. 4.

[198]) Wolff § 73 III and. Mein.

[200]) v. Tuhr III 350, Anm. 12.

in das Gesellschaftsvermögen erfolgt. Schafheutle[201]) bezeichnet dies kurz mit der Frage nach den internen oder externen Tatbestandsmerkmalen.

Die Notwendigkeit externer Tatbestandsmerkmale ist abzulehnen[202]). Für die Gesellschaft nach BGB., die keine Firma führt, wäre die Frage, wie die Gesellschaft nach außen gemeinsam auftreten soll, schwierig zu lösen. Bei der offenen Handelsgesellschaft zeichnet der Vertreter mit der Firma; aber auch hier können sich Fälle ergeben, wo dies nicht geschieht. Außerdem ist es der Wille des Gesetzgebers, alles für die Gesellschaft erworbene Vermögen Gesellschaftsvermögen werden zu lassen; dem würde es widersprechen, wenn für zahlreiche Fälle noch ein besonderer Übertragungsakt erforderlich wäre[203]).

Bei den internen Tatbestandsmerkmalen würden, wie für die Einlage bereits nachgewiesen, sich die gleichen Schwierigkeiten ergeben für den Fall, daß der Wille des erwerbenden Gesellschafters auf die Bildung von Gesellschaftsvermögen gerichtet sein müßte. Es ist daher auch hier ein automatischer Erwerb in das Gesellschaftsvermögen anzunehmen.

Kurz erwähnt sei noch die Frage des Erwerbs durch Tathandlungen. Auf Grund der §§ 950 ff. BGB. besteht die Möglichkeit, durch Verarbeitung Eigentum an einem Gegenstand zu erwerben. Dieser Spezifikationserwerb kann auch durch Vermittlung anderer geschehen, „sofern nach der Lebensanschauung die Tätigkeit dieser anderen als für den Geschäftsherrn geschehen anzusehen ist[204])". Wird nun eine solche Tätigkeit in Ausübung gesellschaftlicher Verpflichtungen ausgeführt, so sind Geschäftsherren in diesem Sinne die Gesellschafter, und der Erwerb der Sache erfolgt in das Gesellschaftsvermögen[205]).

d) Die Auswirkung auf die nichtige offene Handelsgesellschaft

Zusammenfassend sei noch einmal gesagt, daß drei Erfordernisse für den Erwerb in das Gesellschaftsvermögen notwendig sind: die Voraussetzung des Erwerbs in die Rechtszuständigkeit sämtlicher Gesellschafter, Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses und der automatische Übergang in das Gesellschaftsvermögen. Bei der nichtigen OHG. sind die beiden letzten Erfordernisse im Augenblick des Fortfalls des Gesellschaftsvertrages als niemals vorhanden gewesen anzusehen. Bestehen bleibt aber die Voraussetzung des Erwerbs in die gemeinschaftliche Zuständigkeit aller Gesellschafter[206]), ohne die, mag man einen Übergang in das Gesellschaftsvermögen ex lege oder durch besonderen Übertragungsakt annehmen, ein solcher Erwerb nicht stattfinden kann. Die dingliche Übereignung zu Bruchteilen an eine Mehrzahl von Personen setzt nicht voraus, daß zwischen den einzelnen ein Rechtsverhältnis besteht. Wird dieses Rechtsverhältnis zunächst vorausgesetzt und erweist es sich später als in Wahrheit nicht bestehend, so bleibt die Übereignung wegen ihrer abstrakten Natur bestehen. Sie ist, da das Kausalgeschäft nichtig ist, sine causa erfolgt; normaler Weise könnten die Beteiligten daher das von jedem einzelnen Geleistete nach § 812 BGB. mit der condictio herausverlangen. Hier greift aber die Rechtsscheinwirkung ein, die Gesellschafter haben durch ihr Auftreten als OHG. den Schein erweckt, als stünde das Vermögen der Gesellschaft

[201]) Schafheutle a.a.O. S. 69.

[202]) Vgl. zum folgenden a.a.O. S. 69 ff.

[203]) And. Meinung Geiler a.a.O., Anm. 145. Vgl. auch Heitmann, der b. Erwerb d. Stellvertr. einen dopp. Eigentumserw., d. allerdings prakt. zus. fällt, annimmt, S. 30.

[204]) Wolff § 73 III.

[205]) Zust. Schafheutle a.a.O. S. 62.

[206]) Auch Heitmann S. 33 ff. nimmt eine wirksame Eigentumsübertragung an u. gibt den Gesellschaftern einen Bereicherungsanspruch.

und ihren Gläubigern zur Verfügung[207]). Nach dem oben entwickelten Rechtsscheinprinzip müssen sich die Scheingesellschafter an diesen Schein halten lassen; sie können ihre Kondiktionsansprüche nicht geltend machen. Daraus ergibt sich aber für die nichtige offene Handelsgesellschaft, daß, wenn das Gesellschaftsband in Wegfall kommt, aus der Gesellschaft eine Bruchteilsgemeinschaft wird an dem vorhandenen Gesellschaftsvermögen, eine Zweckgemeinschaft, deren Vermögen gebunden ist zur Befriedigung der Glaubiger. Die Möglichkeit der Rückforderung ihrer Einlagen ist somit den Gliedern dieser Gemeinschaft, soweit es sich um geldwerte Einlagen handelt, zu versagen.

Anders läge der Fall, wenn ein Gesellschafter lediglich durch Einbringung seines Namens die Führung einer bestimmten Firma ermöglicht hätte. Diese Einlage hat, da, wie später zu zeigen ist, der nichtigen offenen Handelsgesellschaft die Fortführung der Firma untersagt ist, für die Gläubiger keinen Wert mehr; will daher der betreffende Gesellschafter unter dem gleichen Namen ein neues Unternehmen aufmachen, so liegt darin keine Schädigung der Gläubiger.

Für die offene Handelsgesellschaft ist es im Gegensatz zu der Gesellschaft nach BGB. allgemein anerkannt, daß auch das Forderungsrecht auf noch nicht geleistete Beiträge zum Gesellschaftsvermögen gehört. Es ist nun zu untersuchen, ob auch bei Nichtigkeit des Vertrages diese Ansprüche noch geltend gemacht werden können. Die Forderung als solche entsteht mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages. Erweist sich der Vertrag als nichtig, so könnte an sich der in Anspruch genommene Gesellschafter die Einrede der Nichtigkeit des zu Grunde liegenden Vertrages gegen die Forderung geltend machen. Hier greift aber der Rechtsschein durch. Die für die Erzeugung des Rechtsscheins verantwortlichen Gesellschafter können sich zu ihren Gunsten nicht auf den Rechtsschein berufen, und die Einrede der Nichtigkeit des Vertrages ist ihnen versagt.

Ein Gesellschafter A hat sich z. B. verpflichtet, seine Einlage in Höhe von 20 000 RM. in fünf am 1. 1. jedes Jahres fälligen Raten zu zahlen. Im Verlauf des 4. Jahres wird die Gesellschaft für nichtig erklärt. Dann muß A die vier fälligen Raten, soweit er rückständig ist, noch bezahlen; aber auch der Anspruch auf die letzte, noch nicht fällige Rate bleibt bestehen. Die Forderung als solche ist in Höhe von 20 000 RM. entstanden in dem Augenblick, in dem der Gesellschafter sie als Einlage zusagte. Die einzelnen Raten sind befristet; die letzte kann daher nicht vor dem 1. 1. des 5. Jahres geltend gemacht werden, und an diesem Termin in das Gesellschaftsvermögen geleistet werden[208]).

Die vorstehenden Ausführungen beziehen sich lediglich auf eine Einbringung quoad sortem. Handelt es sich um eine Einbringung quoad usum, soll also der eingebrachte Gegenstand den Gesellschaftern nur zum Gebrauch überlassen werden, so liegt ein der Miete oder Pacht verwandtes Rechtsverhältnis vor, sofern nicht ausdrücklich ein Mietvertrag vereinbart ist. Auf dies Verhältnis finden Mietvorschriften mit der Maßgabe Anwendung, daß es sich bei der Gesellschaft um ein auf die Dauer eingegangenes Rechtsverhältnis handelt. Eigentümer der quoad usum eingebrachten Sachen ist der einbringende Gesellschafter geblieben, der niemals den Willen hatte, sein Eigentum auf die Gesellschaft zu übertragen; deswegen steht ihm die Möglichkeit zu, bei Nichtigkeit der Gesellschaft und daraus folgender Nichtigkeit der quoad

[207]) Vgl. hierzu die Ausführungen S. 19.

[208]) Vgl. für die französische Auffassung Houpin-Bosvieux Nr. 653: Der Gesellschafter kann sich durch Nichtigkeitserklärung der Gesellschaft seinen Zahlungen nicht entziehen; eine angemessene Regelung steht aber im Ermessen des Richters.

usum erfolgten Einbringung sein Eigentum aus dem Gesellschaftsvermögen zu ziehen[209][210][211].

Aus der nichtigen offenen Handelsgesellschaft ist somit eine Gemeinschaft nach Bruchteilen an dem vorhandenen Vermögen geworden. Daraus ergibt sich, daß die §§ 741 ff. BGB. Anwendung finden. Nach § 749 kann jeder Gemeinschafter jederzeit die Aufhebung verlangen, ein billiges Ergebnis, da niemandem die Beteiligung an einem vom Gesetz in seiner ursprünglichen Form nicht zugelassenen Unternehmen zugemutet werden kann. Die Auseinandersetzung erfolgt durch Teilung in Natur oder durch Versilberung. Die Anteile der einzelnen Gesellschafter bestimmen sich nach ihren Anteilen am Gesellschaftsvermögen, da § 742 von „im Zweifel" gleichen Anteilen spricht. Die Lasten des gemeinschaftlichen Vermögens haben alle gemeinsam zu tragen (§ 748), ebenso gebührt jedem Teilhaber ein seinem Anteil entsprechender Bruchteil der Früchte.

2. Die Stellung des Scheingesellschafters zu der nichtigen offenen Handelsgesellschaft

a) Ansprüche der Gesellschaft aus §§ 112/13 HGB.

Es ist nun noch zu prüfen, wie sich das Verhältnis der Scheingesellschafter zu der Scheingesellschaft gestaltet. Man könnte im Zweifel sein, ob überhaupt der Teilhaber einer nichtigen offenen Handelsgesellschaft gegen das Konkurrenzverbot verstoßen kann. Es handelt sich aber in den §§ 112/13 HGB. um eine Strafbestimmung; in dem Zeitpunkt, in dem der Gesellschafter das Verbot übertritt, nimmt er an, Teilhaber einer vollgültigen Gesellschaft zu sein. Gegen die Interessen dieser Gesellschaft verstößt er und schädigt dadurch mittelbar auch die Gläubiger. Ein Rückforderungsrecht kann dem Gesellschafter aus diesen Gründen nicht zugebilligt werden. Im Augenblick der Nichtigkeitserklärung des Gesellschaftsvertrages dagegen fällt auch die Grundlage für das Konkurrenzverbot; einer nicht bestehenden Gesellschaft gegenüber ist eine Übertretung des Konkurrenzverbots nicht möglich; ein Schadensersatzanspruch kann daher nicht mehr zur Entstehung kommen.

b) Ansprüche aus Sozialverpflichtungen

Kurz sei an dieser Stelle noch auf die Ansprüche des Scheingesellschafters aus § 110 HGB. hingewiesen. Die Aufwendungen, die ein Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten macht, geben ihm einen Anspruch gegen die Gesellschaft auf Rückerstattung seiner Auslagen. Diese Ansprüche, die auf einem besonderen Konto geführt werden, stehen in keinem Zusammenhang mit der Erhöhung und Verminderung der Einlage des Gesellschafters, von der sie als Seperatkonto völlig getrennt sind; sie bilden vielmehr ein echtes Passivum der Gesellschaft, was auch daraus hervorgeht, daß diese Ansprüche im Konkurse ange-

[209]) Vgl. Hémard Nr. 574[4]: La reprise n'est impossible que quand l'apport a été fait en propriété; au contraire, l'associé revendiquera les biens qu'il n'a mis en société que quant à la jouissance.

[210]) Vgl. auch App. Firenze 19. 4. 1927. Riv. Dir. Comm. 1927. II. 597. wo der Standpunkt vertreten wird, daß im Zweifel die Einbringung eines Patents einen Nießbrauch für die Gesellschaft darstelle, daß also im Zweifelsfalle eher ein bloßes Nutzungsrecht als Eigentum der Gesellschaft anzunehmen sei. Das Ausbeutungsrecht erlischt daher mit Auflösung der Gesellschaft und wird nicht Bestandteil der Liquidationsmasse.

[211]) Anders das englische Recht, das zwischen Einlagen quod usum u. quoad sortem keinen Unterschied macht. Alles Eingebrachte geht im Ges.-Verm. auf u. bildet mit ihm eine unterschiedslose Einheit. Vgl. Chappuis S. 26.

[212]) Staub § 131, Anm. 13; Jaeger KO. § 209, Anm. 15; Dür.-Hach. (Flechtheim) II 2, § 110, Anm. 13b; K.G. im „Recht" 1922 Nr. 1297.

meldet werden können[212]). Bei Nichtigkeit der offenen Handelsgesellschaft ist daher der Gesellschafter insoweit Gläubiger der Gesellschaft geworden, und es besteht kein Grund, ihn in diesem Fall schlechter zu stellen als in der gleichen Lage etwa einen Prokuristen. Der Gesellschafter tritt also nicht hinter dem Gläubiger zurück; er kann vielmehr seine Forderungen neben ihnen geltend machen. Das gleiche gilt auch für den Konkurs[213]).

c) Der Gesellschafter als Dritter

Schließt ein Gesellschafter mit der Gesellschaft einen Vertrag ab, es kommen hier vor allem Kauf-, Darlehnsverträge und dergl. in Frage, so hat dieser Vertragsschluß mit der Gesellschafterstellung des Käufers bzw. Darlehnsgebers nichts zu tun. Der Gesellschafter steht seiner Gesellschaft in diesem Fall gegenüber wie ein Dritter, er kann die gleichen Rechte geltend machen wie jeder andere Gläubiger.

Es ist nun die Frage, ob auch im Falle der Nichtigkeit der OHG. der Scheingesellschafter diese Stellung behält, d. h. ob auch ihm der durch die Eintragung bzw. das Auftreten der Gesellschafter als OHG. erzeugte Rechtsschein zugute kommt. Der Gesellschafter, der hier der Gesellschaft als Dritter gegenübersteht, hat mit zu der Erregung des Rechtsscheins beigetragen; er hat ihn mit veranlaßt, die Kausalität ist gewahrt, der Rechtsschein ist ihm zuzurechnen. Den entstandenen Schaden tragen aber stets diejenigen, die in ihrer Person den Anlaß zu der Inkongruenz von Sein und äußerer Erscheinung gegeben haben, also die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit und damit auch der Gesellschafter, der neben seinen gesellschaftlichen Beziehungen als Dritter der OHG. gegenüber steht. Dieser Gesellschafter kann aber nicht gleichzeitig für einen Rechtsschein verantwortlich gemacht werden und sich zu seinen Gunsten auf ihn berufen. Daraus ergibt sich, daß der Gesellschafter mit seiner Darlehens-, bzw. Kaufpreisforderung nicht die Stellung der übrigen Gläubiger für sich beanspruchen kann, daß er vielmehr mit seiner Forderung hinter ihren Forderungen zurücktreten muß. Da es sich aber bei der Forderung nicht um einen Anspruch handelt, der dem Gesellschaftsverhältnis als solchem entspringt, sondern um einen reinen Gläubigeranspruch, der nur nicht als solcher geltend gemacht werden kann, kann der Gesellschafter von seinen Mitgesellschaftern in voller Höhe Befriedigung verlangen, aber erst, wenn alle außenstehenden Gläubiger befriedigt sind.

d) Stellung des durch Betrug zum Beitritt veranlaßten Gesellschafters,

a) nach deutschem Recht

Ist ein Gesellschafter durch Betrug zum Beitritt veranlaßt worden, so kann er den Gesellschaftsvertrag auf Grund von § 123 Abs. 1 BGB. anfechten. Soweit jedoch die Interessen der Gesellschaftsgläubiger durch diese Anfechtung bedroht werden, muß der anfechtende Gesellschafter in seinen Rechten beschränkt werden.

Die Notwendgkeit des Gläubigerschutzes wird nirgends geleugnet. Zur Begründung dieser Haftungsbeschränkung sind die gleichen Wege eingeschlagen worden wie ganz allgemein zur Haftungsbegründung bei der nichtigen offenen Handelsgesellschaft. Daß auf diesen Wegen eine für alle Fälle befriedigende Lösung nicht gefunden werden konnte, ist bereits dargelegt. Die Rechtsscheintheorie versagt auch hier nicht. Die offene Handelsgesellschaft ist ex tunc nichtig, es bleibt also nur der nach außen wirkende Rechtsschein übrig. Dieser Rechtsschein ist aber von dem betrügerisch zum Beitritt bewogenen Gesellschafter mit erzeugt. Klügel, der gleichfalls den Gedanken des Rechtsscheins betont, geht

213) Über die Zulässigkeit des Konkurses vgl. S. 58 ff.

davon aus, daß das Vertrauen der Gläubiger auf die Kreditbasis geschützt werden müsse. Eben deshalb haftet der mit fehlerhaftem Willem Erklärende genau so wie der bewußt Unwahres Erklärende. Vorbedingung der Erklärung an die Öffentlichkeit ist, daß jemand erklärt, nicht weshalb er erklärt[214]). Hémard[215]) charakterisiert diese Rechtslage mit den Worten: „Ils se sont engagés envers les tiers, qui n'ont aucune faute à se reprocher et pour qui la société a agi et vécu." Der Gesellschafter muß es sich daher gefallen lassen, soweit das Interesse der Gläubiger es erfordert, sich an diesen Rechtsschein halten zu lassen. Er kann in bezug auf seine Einlage zunächst keinen Herausgabeanspruch geltend machen, und es ist ihm auch die exceptio doli bezüglich noch nicht geleisteter Beiträge sowohl den Gesellschaftsgläubigern als auch der Gemeinschaft gegenüber, die insoweit die Interessen der Gläubiger vertritt, zu versagen.

Es muß zugegeben werden, daß es sich hierbei um einen „für den Betroffenen harten Rechtsverlust[216])" handelt; aber das Interesse der Gläubiger geht vor, es ist das stärkere Recht. Der anfechtende Gesellschafter hat, sobald die Gläubiger voll befriedigt sind, einen Anspruch gegen die Gemeinschaft auf volle, vorzugsweise Befriedigung seiner Ansprüche. Ist noch ein ausreichendes Vermögen vorhanden, so kann er bei Auseinandersetzung der Gemeinschaft volle Rückzahlung des von ihm Geleisteten verlangen. Auch einer actio doli steht, falls er von der Gesellschaft zum Beitritt durch Betrug bewogen ist, nichts im Wege. Alle diese Ansprüche können aber erst nach voller Befriedigung der Gläubiger geltend gemacht werden[217]).

Es bleibt nun noch zu untersuchen, wie diese Ansprüche im Konkurse geltend gemacht werden können. Handelt es sich um einen Anspruch aus dem Mitgliedschaftsrecht oder um einen Gläubigeranspruch? Das Letztere nimmt Moos[218])[219]) an, der daher den anfechtenden Gesellschafter seine Ansprüche neben den Gläubigern im Konkurse geltend machen läßt. Ob der Gesellschafter im Einzelfall als Gesellschafter oder als Gläubiger auftreten kann, bestimmt sich stets danach, ob seine Ansprüche auf dem Gesellschaftsvertrage oder auf einem Gläubigerrecht beruhen. Gläubigeransprüche sind solche Ansprüche, die außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses stehen, die mit dem Gesellschaftsverhältnis nichts zu tun haben. Sie stehen dem Gesellschafter nur dann zu, wenn er der Gesellschaft als Dritter gegenübersteht, etwa als Darlehensgeber; ein Darlehen kann die Gesellschaft auch von jedem beliebigen Dritten aufnehmen.

Den Gegensatz dazu bilden die Mitgliedschaftsrechte; sie sind höchst persönliche Rechte, die sich aus der speziellen Gesellschafterstellung ergeben, die also im Regelfall einem Dritten nicht zustehen können. Die Mitgiedschaftsrechte können ohne ein Gesellschaftsverhältnis nicht zur Entstehung kommen. Wird nun das Gesellschaftsverhältnis durch die erfolgreiche Anfechtung ex tunc aufgehoben, so ist die Rechtslage im Innenverhältnis der Gesellschafter die gleiche, als ob ein Gesellschaftsvertrag niemals bestanden hätte. Mitgliedschaftsrechte können also in diesem Fall nicht geltend gemacht werden, da sie nie zur Entstehung gelangt sind.

[214]) Klügel a.a.O. S. 72.

[215]) Nr. 578[3].

[216]) O. Fischer, Internationale Wochenschrift III, 1437.

[217]) Vgl. Hémard Nr. 118: L'annulation produira un effet rétroactif en faveur de la victime; celle-ci doit être remise dans la situation où elle se serait trouvé si elle n'avait jamais fait parti de la société.

[218]) Moos a.a.O.

[219]) Wieland ZHR. Bd. 64/96.

Die entgegengesetzte Auffassung geht davon aus, daß die Ansprüche des betrogenen Gesellschafters reine Gläubigeransprüche seien, daß also der anfechtende Gesellschafter seine Forderung im Konkurse neben den übrigen Gläubigern geltend machen könne. Schließt man sich dieser Auffassung an, so kommt man zu dem Ergebnis, daß der Gesellschafter im Konkurse seine Forderung gegen die Forderung des Konkursverwalters auf Zahlung des auf ihn entfallenden Anteils am Verluste aufrechnen könnte, daß er sich also auf diesem Wege seiner „Nachschußpflicht" entziehen könnte.

Dieses Ergebnis befriedigt nicht; denn zweifellos handelt es sich nicht um einen reinen Gläubigeranspruch. Der Gesellschafter macht einen Schadensersatzanspruch geltend, da er von der Gesellschaft widerrechtlich zum Beitritt veranlaßt ist; insofern handelt es sich also um einen außerhalb des Vertragsverhältnisses stehenden Anspruch; andrerseits wäre der Anspruch ohne das geplante Gesellschaftsverhältnis nie zur Entstehung gelangt, sodaß ein reiner Gläubigeranspruch gleichfalls nicht in Frage kommt. Daraus ergibt sich die Stellung im Konkurse. Zunächst werden die Gläubiger befriedigt; zwischen den Gläubigern und den Gesellschaftern steht aber der anfechtende Gesellschafter mit seinem Abspruch, der also nach den Gläubigern aber vor den Scheingesellschaftern Befriedigung verlangen kann.

b) nach französischem Recht

Eine ähnliche Regelung sieht das französische Recht für den Fall des Konkurses der société de fait[220]) vor; es verweigert dem Betrogenen dem Konkursverwalter gegenüber den Einwand des Betruges, da der Konkursverwalter Vertreter der Interessen der Gläubiger ist. Bezüglich der Liquidation scheiden sich die Meinungen. Eine verbreitete Auffassung vertritt den Standpunkt, daß zu unterscheiden sei zwischen dem Liquidator einer freiwillig aufgelösten Gesellschaft und einer durch Urteil aufgelösten. In dem ersteren sieht man einen Vertreter der Gesellschafter, dessen Rechte nicht weiter ausgedehnt werden können als die seiner Auftraggeber, während der gerichtlich bestellte Liquidator gleichzeitig Gesellschafter und Gläubiger vertritt und ihm aus diesem Grunde der Einwand des Betruges nicht entgegengesetzt werden kann.

Gegen diese stark formalistisch anmutende Unterscheidung wendet sich Hémard mit der Begründung „si le liquidateur conventionel est le mandataire des associés, par le fait de sa nomination, il doit prendre en main les intérêts des créanciers sociaux[221])". Hémard will also den Liquidator dem Konkursverwalter gleichstellen, und der Betrogene muß, gleichgültig, ob die Gesellschaft vermögend ist oder nicht, allen seinen Verpflichtungen nachkommen[222]).

Im Verhältnis zu den Gesellschaftern kann der Betrug, wenn er von der Gesellschaft oder ihren Vertretern begangen ist, allen entgegengesetzt werden, d. h. „l'anulation produira un effet rétroactif en faveur de la victime; celle-ci doit être remise dans la situation ou elle se serait trouvée si elle n'avait jamais fait partie de la société[223])".

Die Vermittlungsvorschläge zwischen den bei den Auffassungen lassen sich kurz zusammenfassen mit den Worten: „On pourrait peut-être concilier ces deux opinions en distinguant l'hypothèse oû la sol-

[220]) Nr. 118. Hémard.

[221]) Nr. 118.

[222]) Nr. 118. Les créanciers sociaux écartant le dol poursuivront tous les associés, même les victimes, en paiement des dettes sociales ou en versements de leurs mises. Les victimes de dol participeront conformément aux indications du pacte sociale.

[223]) Jur.Cass. III 33, 39.

vabilité de la société est démontrée et celle, où cette solvabilité est encore incertaine". Diese Zwischenlösung scheitert an der Schwierigkeit der Durchführung, da es nicht ohne weiteres festzustellen ist, inwieweit eine Gesellschaft zahlungsfähig ist oder nicht.

Man wird daher doch der Auffassung von Hémard den Vorzug zu geben haben, zumal sie sich in ihren praktischen Auswirkungen von der oben versuchten Lösung nicht allzu weit entfernt. Denn ist die Gesellschaft zahlungsfähig, so wird im Zweifel der betrogene Gesellschafter keinen allzu großen Schaden leiden, da dann auch seine Forderungen erfüllt werden können; steht aber die Gesellschaft finanziell schwach, so ist der Betrogene nach beiden Auffassungen an dem Verlust beteiligt.

Einen Vermittlungsversuch zwischen dem deutschen und französischen Recht unternimmt Langen[224]). Er charakterisiert das deutsche und das französische System dahin: „Der Betrogene bleibt der Gesellschaft verpflichtet[225])". „Der Betrogene bleibt den Gläubigern verpflichtet." Daß die erste Formulierung ganz allgemein dem deutschen System gerecht wird, möchte ich bezweifeln. Langen, stark unter dem Einfluß von Wieland stehend[226]), will eine einheitliche Lösung der Frage für alle Handelsgesellschaften geben. In dieser Formulierung übersieht er aber, worauf er an anderer Stelle ausdrücklich hinweist, daß der von ihm aufgestellte Satz allgemeine Geltung nicht beanspruchen kann. Wohl bleibt der Aktionär einer Aktiengesellschaft der Gesellschaft verpflichtet und kann seine Erklärung nicht anfechten, dem Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft hingegen ist diese Möglichkeit jederzeit gegeben; er muß sich an seine Erklärung nur, soweit dies im Interesse der Gläubiger liegt, halten lassen. Übrigens weist Langen selbst darauf hin, daß für die deutsche offene Handelsgesellschaft „eigentlich" auch das französische System gelte[227]). Seine eigene Formulierung geht dahin: Der Betrogene bleibt insoweit der Gesellschaft verpflichtet, als dies zur Erfüllung der Gesellschaftsschulden notwendig ist[228]). Diese Auffassung unterscheidet sich im Ergebnis nicht von der unsrigen; wie Langen sie im Einzelnen durchführen will, gibt er allerdings nicht näher an.

3. Das Innenverhältnis im französischen Recht

Daß diese Regelung des Innenverhältnisses bei der nichtigen offenen Handelsgesellschaft, trotzdem sie der herrschenden Meinung widerspricht, nicht ungerechtfertigt ist, ergibt ein Vergleich mit der société de fait des französischen Rechts. Gesetzliche Bestimmungen bestehen auch hier, abgesehen von den Nichtigkeitsgründen, nicht. Anlaß zu Bedenken hinsichtlich des Vergleichs könnte daraus entstehen, daß die Handelsgesellschaften nach französischem Recht alle juristische Personen (être moral) sind. Es tauchen aber trotzdem die gleichen Fragen wie für die Personalgesellschaften des deutschen Rechts auf, da die französische Rechtswissenschaft die Auffassung vertritt, auch juristische Personen entstünden durch Vertrag. Außerdem werden die Sätze über die société de fait weniger von rechtlichen als von Zweckmäßigkeitserwägungen bestimmt.

Ist somit der Gesellschaftsvertrag nichtig, ergibt sich für die société en nom collectif eine ähnliche Rechtslage wie bei der nichtigen offenen

[224]) Der Konflikt zwischen Gesellschaftern und Gläubigern bei betrügerischen Gründungen von Handelsgesellschaften.
[225]) Langen a.a.O. S. 28.
[226]) a.a.O. S. 45.
[227]) a.a.O. S. 45.
[228]) a.a.O. S. 45.

Handelsgesellschaft. Die französische Rechtswissenschaft geht, wie bereits erwähnt, von dem Grundsatz aus, daß die nichtige Gesellschaft ihre Form der Gesellschaft entnimmt, als die sie ursprünglich geplant war[229]). Steht aber das äußere Auftreten einer Gesellschaft im Widerspruch zu dem der Gesellschaft zugrundeliegenden, wenn auch fehlerhaften Kontrakt, so gibt der äußere Anschein den Ausschlag[230]), ein Beweis für die starke Betonung des Rechtsscheingedankens. Die Gesellschafter einer solchen nichtigen Gesellschaften müssen sich demnach Dritten gegenüber so behandeln lassen, als ob die Gesellschaft zu Recht bestanden hätte[231]).

Ob der société de fait juristische Persönlichkeit zuzubilligen ist oder nicht, ist bestritten. Wer sich wie Thaller[232]) streng auf den Boden Fiktionstheorie stellt, muß diese Frage verneinen[233]), wenn er als Rechtssubjekt eine dritte Person konstruiert, eine Schöpfung des Gesetzgebers, auf die die Gesellschafter ausschließlich ihre Rechte und Pflichten übertragen[234]). Es wäre unlogisch anzunehmen, daß der Gesetzgeber seine „schöpferischen Fähigkeiten[235])" zugunsten von Gesellschaften einsetzte, die unter Umgehung seiner Vorschriften gegründet sind. Manara vertritt die Auffassung, daß diese Meinung keine Stütze im Gesetz findet. Er sieht als Subjekt der Rechte die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit an und nicht eine über den Gesellschaftern stehende juristische Person, eine Schöpfung des Gesetzgebers. Mit dieser Auffassung nähert sich Manara stark der deutschen Lehre[236]). Er kommt zu dem Schluß, daß die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit als Träger des Vermögens vorhanden seien auch bei der irregularen Gesellschaft, daß daher kein Grund bestünde, der irregularen Gesellschaft die Rechtspersönlichkeit in diesem Sinne abzusprechen[238]).

Zu ähnlichen Ergebnissen kommt Hémard. Er geht davon aus, daß die Gesellschaft ihrer Natur nach ein Vertrag sei, der bestimmt sei, Wirkungen Dritten gegenüber zu erzeugen. Eine Unterscheidung zwischen dem Vertrag und der juristischen Person sei nur dann möglich, wenn die juristische Person erst durch Anerkennung des Staates zur Entstehung käme; dies sei aber nicht der Fall, da der Vertrag und die juristische Person durch den gleichen juristischen Akt zur Entstehung gelangten. Da aber der Gesellschaftsvertrag bei der société de fait bis zu ihrer Nichtigkeitserklärung für vollgültig angesehen wird, muß der société de fait auch die juristische Persönlichkeit zugesprochen werden.

Für das deutsche Recht ist diese Frage bezüglich der offenen Handelsgesellschaft ohne Bedeutung, da wir auch der vollgültigen offenen Handelsgesellschaft die juristische Persönlichkeit abgesprochen haben.

[229]) La société de fait emprunte sa nature à la société sous la forme de laquelle elle s'est présentée. Elle vaut pour ce que la notoriété l'a faite. Nr. 398.

[230]) Hémard Nr. 401.

[231]) Für das italienische Recht Hémard Annales du Droit Commercial p. 115: „Si les créanciers sociaux y trouvent avantage ... ils auront la faculté de ténir la société pour ce qu'elle est, une société irrégulière. Peu importe que les créanciers sociaut aient connu au non l'irrégularité."

[232]) N. 280/81.

[233]) Manara p. 348.

[234]) Saleilles p. 615.

[235]) Manara a.a.O. p. 349.

[236]) Vgl. auch Saleilles p. 492: Partout où les individues, même groupés en collectivités se présentent comme agissant leur intérêt exclusif, ...il ne peut être question... de reconnaître à la collectivité un droit propre différent des droits particuliers eux-mêmes. Et par suite ils ne constituent pas un sujets de droit nouveau; ce sont les associes qui restent les sujets de tous les droits de la collectivité.

[238]) Für die juristische Person auch Cour d'App. Douai 13 oct. 1924 D. H. 427.

Aus der Auffassung von Hémard ergibt sich zunächst, daß über das Vermögen eine Liquidation stattfindet, eine Auffassung, die das deutsche Recht[239]) nicht teilt, das die Liquidation als im Interesse der Gesellschafter stattfindend ablehnt. Daneben ist bei der société de fait die Möglichkeit der Konkurseröffnung gegeben.

Welche Stellung nehmen nun die Gesellschafter ein? Zunächst weist Hémard darauf hin, daß entgegen einer früher vertretenen Lehre Theorie und Praxis einheitlich die Auffassung vertreten, daß eine Rückforderung der Einlagen durch die Gesellschafter ausgeschlossen sei[240]). Die ältere Lehre stützt sich auf die gleichen Gründe, wie die herrschende Lehre in Deutschland heute noch vertritt. Es fehle an einem Subjekt, das das Eigentum erwerben könne, infolgedessen sei es bei den Gesellschaftern geblieben. Es existieren jedoch bereits Urteile aus dem Jahre 1860[241]), die diese Folgerungen ablehnen, und in der Folgezeit kann von einer einheitlichen Rechtsprechung gesprochen werden[242]).

Zunächst wird auf die Schwierigkeit, um nicht zu sagen Unmöglichkeit, der Rückforderung der Einlagen hingewiesen, wenn mit Mitteln der Einlage Güter für das Gesellschaftsvermögen erworben sind. Dies würde zu einer verschiedenartigen Behandlung von Gütern führen, zwischen denen eine Unterscheidung nicht möglich ist. Nur solche Einlagen, die einen höchstpersönlichen Charakter tragen, wie etwa der Name, ein zur Verwertung angenommenes Kunstwerk u. a. unterliegen nicht den Zugriffen der Gläubiger. Eine weitere Erwägung[243]), die gegen die Rückforderung der Einlage spricht, ist die Wahrscheinlichkeit, daß eine große Zahl von irregulären Gesellschaften der Nichtigkeitserklärung durch solche Gesellschafter ausgesetzt sein würden, die ihrer Einlagepflicht auf diesem Wege entgehen wollen.

Diese Möglichkeiten hat die französische Rechtsprechung, wie sich aus ihren Begründungen ergibt, aus rein teleologischen Erwägungen abgeschnitten. Sie geht sogar noch weiter und gibt dem Gesellschafter, der durch Verweigerung der Nachzahlung in Konkurs gegangen ist, einen Schadensersatzanspruch für den Fall, daß dieser Konkurs durch rechtzeitige Leistung der Einlage hätte abgewandt werden können[244]).

Neben der Einlage bleibt in dem den Gläubigern verhafteten Vermögen alles das, was während des Betriebes der Gesellschaft erworben ist[245]). Es ist den Gesellschaftern nicht einmal die Möglichkeit gegeben, ihre Sacheinlagen mit dem Werte auszulösen, den sie zur Zeit der Einbringung gehabt haben; sie haben nur die Möglichkeit des käuflichen Erwerbs aus der Liquidationsmasse wie jeder Dritte. Diese Vorschrift findet ihre Erklärung darin, daß etwaige Werterhöhungen den Gläubigern nicht entgehen sollen.

Eine bessere Stellung als im deutschen Recht haben die Gesellschafter insofern, als ihre Ansprüche, wie z. B. Ansprüche aus der Geschäftsführung und Vertretung, neben, nicht hinter den Ansprüchen der übrigen Gläubiger gegeben sind. „Si les assosiés sont en même temps créancier de la société, (par exemple le gérant, qui recevait un traitement pour l'administration des affaires sociales) ils viendront pour leurs créances en concours avec les autres créanciers sociaux[246])."

[239]) Vgl. aber Geiler bei Dür.-Hach. II. Anm. 80.
[240]) Hémard Nr. 574.
[241]) Paris, 29. décembre 1859. J. T C.; 1860. 132.
[242]) Vgl. auch Lyon-Caën Nr. 236b, Houpin-Bosvieux Nr. 652.
[243]) Hémard Nr. 576.
[244]) J. T. C. 1861/121; vgl. auch Art. 1153 al 4 Code Civil.
[245]) Hémard Nr. 575.
[246]) Hémard Nr. 584.

Im übrigen gewährt die Rechtsprechung der société de fait nicht nur die Nachteile sondern auch alle Vorteile des Geseßes, so vor allem die kurze Verjährungsfrist von 5 Jahren[247]), nach deren Ablauf eine Klage der Gesellschaftsgläubiger gegen die Gesellschafter oder ihre Erben nicht mehr möglich ist. „Il serait aussi injuste que contradictoire d'appliquer aux sociétés de fait les sévérités légitimes du Code de commerce et de leur refuser le bénifice des dispositions qui leur sont favorables[248])."

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß eine direkte Übertragung der Regelung des französischen Rechts unmöglich ist. Die société de fait ist troß ihrer Fehlerhaftigkeit eine Gesellschaft, was sich auch daraus ergibt, daß eine solche Gesellschaft auch, wenn ihre Irregularität überall bekannt ist, weiter bestehen kann[249]). Für uns kann es sich nur darum handeln, das allgemeine Prinzip dieser Regelung herauszustellen. Viel stärker als im deutschen Recht werden Zweckmäßigkeitserwägungen in den Vordergrund gestellt. Auf sie ist es zurückzuführen, daß die anfänglich unserer heutigen Regelung sehr verwandte Rechtsprechung aufgegeben und durch die Lehre von der société de fait ersetzt wurde.

Der in dieser Arbeit unternommene Lösungsversuch will für die nichtige offene Handelsgesellschaft unabhängig vom französischen Recht eine wirtschaftlichen und Zweckmäßigkeitserwägungen in höherem Maße entsprechende Lösung als bisher suchen. Der Vergleich mit der société de fait bezweckt nur, die Entwicklungstendenz herauszustellen und sie für ähnlich gelagerte Verhältnisse im deutschen Recht zur Stüßung der hier vertretenen Auffassung zu verwerten.

VI. DAS AUSSENVERHÄLTNIS

Für den Fall, daß die nichtige offene Handelsgesellschaft nicht nur nach innen in Vollzug geseßt ist, sondern auch nach außen ihre Wirksamkeit begonnen hat, läßt sich diese Tatsache nicht rückwirkend aus der Welt schaffen. Was die vermögensrechtlichen Ansprüche anlangt, sind die Gläubiger durch das ihnen vorbehaltene Vermögen der Scheingesellschaft weitgehend geschüßt. Es fragt sich nun, wie sich die sonstigen Beziehungen der Scheingesellschafter zur Außenwelt gestalten.

Zunächst ist zu untersuchen, inwieweit vollkaufmännisches Recht zur Anwendung kommt. In konsequenter Durchführung der Gestionstheorie, wenn auch in der neuesten Auflage mit gewissen Einschränkungen, vertritt Bondi bei Staub[250]) den Standpunkt, grundsäßlich könne sich der Scheinkaufmann auf seine Kaufmannseigenschaft berufen. Dieser Meinung kann vom Standpunkt der Rechtsscheintheorie nicht begepflichtet werden aus Gründen, die bereits dargelegt sind. Der Scheinkaufmann ist kein Vollkaufmann, er gilt nur Dritten gegenüber in gewissen Beziehungen als solcher.

In Anlehnung an Schreiber[251]) und seine Lehre vom werdenden Formkaufmann versucht Cohn[252]) einen Schuß des gutgläubigen Verkehrs zu konstruieren. Schreiber geht davon aus, daß bei der unfertigen Kommanditgesellschaft auf Aktien sachlich die gleichen Verhältnisse vorliegen wie bei dem fertigen Gebilde, so daß die für das leßtere geltenden

[247]) Hémard Nr. 586.

[248]) Arrêt de la Cour de Poitiers du 18. juillet 1894.

[249]) Wird die Irregularität behoben, so entsteht keine neue Gesellschaft! Vgl. Annales du Droit commercial p. 82: Appellationsgericht Mailand 27. Febr. 1906.

[250]) Anh. zu § 5.

[251]) K.G.A.

[252]) S. 90 f.

Rechtssätze auch hier anzuwenden sind[253]). Deshalb gilt auch für sie Handelsrecht. Diesen für die werdende Kommanditgesellschaft auf Aktien berechneten Sätzen, denen sich für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung auch Feine[254]) anschließt, ist durchaus beizustimmen. Bei analoger Anwendung dieser Sätze müßte Cohn zu dem Schluß kommen, daß entsprechend auch Handelsrecht für die nichtige offene Handelsgesellschaft gälte. Cohn schließt aber daraus, daß nur für die gutgläubigen Dritten bei der nichtigen offenen Handelsgesellschaft Handelsrecht zur Anwendung käme!

Eine andere Ansicht versucht Handelsrecht kraft Parteivereinbarung zur Anwendung zu bringen. So will Hueck[255]) ein stillschweigendes Einverständnis mit der Kaufmannsgeltung des Scheinkaufmanns aus einem entsprechenden Verhalten des Dritten herleiten. Er vermeidet damit die Schwierigkeit, für dasselbe Geschäft teils vollkaufmännisches, teils bürgerliches Recht anwenden zu müssen; aber das entsprechende Verhalten des Dritten wird sich nicht immer nachweisen lassen.

Zu dem gleichen Ergebnis führt die Rechtsscheintheorie, ohne im Einzelfall einen Nachweis zu benötigen. Die nichtige offene Handelsgesellschaft hat Dritten gegenüber den Anschein erweckt, daß diese mit einem Vollkaufmann in Geschäftsbeziehungen träten. Zu ihren Gunsten darf sich die OHG. nicht auf ihre Nichtigkeit berufen. Daraus ergibt sich für unseren Fall, daß die aus ihren Verträgen in Anspruch genommene OHG. nicht einwenden kann, sie sei niemals Vollkaufmann gewesen, es käme also für sie nicht Handelsrecht sondern bürgerliches Recht zur Anwendung. Steht demnach auf der anderen Seite ein Vollkaufmann, so kommen die Vorschriften der §§ 343 ff. HGB. zur Anwendung. Dies gilt ganz allgemein für alle Geschäfte der nichtigen OHG. Die Einrede der Nichtigkeit kann daher auch nicht von dem Dritten geltend gemacht werden; denn er soll auf Grund des Rechtsscheins nicht schlechter, aber auch nicht besser gestellt werden, als er vorher gestanden hat. Das wäre aber der Fall, wollte man ihm die Möglichkeit geben, sich einseitig seinen Verpflichtungen zu entziehen.

Anders ist die Lage zu beurteilen, wenn die Scheingesellschaft mit einem Minderkaufmann oder einem Nichtkaufmann in Beziehung getreten ist. Hier ist das Geschäft nicht von vornherein ein Handelsgeschäft, und es muß daher dem Dritten die Möglichkeit gegeben sein, auf den von der Scheingesellschaft hervorgehobenen Rechtsschein zu verzichten und für das Geschäft nach seiner Wahl vollkaufmännisches Recht zur Anwendung kommen zu lassen oder nicht[256]). Entscheidet sich der Dritte für die Anwendung des vollkaufmännischen Rechts, so stehen ihm in jedem Fall die Vergünstigungen für Minder- oder Nichtkaufleute zu. Die Entscheidung kann aber stets nur für beide Teile gleichmäßig fallen.

Zusammenfassend kann also gesagt werden, daß grundsätzlich die Vorschriften der §§ 343 ff. HGB. für die Geschäfte der nichtigen offenen Handelsgesellschaft zur Anwendung kommen.

Eine vollwirksame Prokura kann die nichtige offene Handelsgesellschaft im Sinne des § 48 HGB. nicht erteilen[257]), da sie nicht Vollkaufmann ist. Es ist aber mit Staub[258]) anzunehmen, daß der Scheinkaufmann eine Vollmacht erteilt hat, die er Dritten gegenüber in dem Umfang einer Prokura gegen sich gelten lassen muß.

[253]) Gegen die Identität der werdenden Gesellschaft mit dem fertigen Gebilde Ernst Cohn a.a.O. 135 ff.

[254]) S. 204.

[255]) Arch.bürg.Recht 43/448.

[256]) Vgl. Heitmann S. 19, der aber allen Dritten ein Wahlrecht geben will.

[257]) Staub § 49, Anm. 4.

[258]) Recht 04, S. 171, Nr. 845.

Auch das Recht zur Firmenführung steht nur dem wahren Kaufmann, nicht dem Scheinkaufmann zu, wenn auch der Scheinkaufmann das Fehlen des Firmenrechts dem gutgläubigen Verkehr gegenüber nicht geltend machen kann. Der Registerrichter kann auf Grund von § 37 HGB. jederzeit gegen eine solche Firma einschreiten. Ist die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der offenen Handelsgesellschaft festgestellt, so sind die Scheingesellschafter verpflichtet, in ihrer Gesamtheit die Löschung der Firma im Handelsregister zu beantragen; es gehört dies zur Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens, die auf Grund von § 744 I BGB. den Teilhabern gemeinschaftlich zusteht.

Im Verhältnis zu dem kaufmännischen Hilfspersonal können sich die Scheingesellschafter nicht auf ihre mangelnde Kaufmannseigenschaft berufen. Die §§ 59 ff. HGB. sind stets auch dann anwendbar, wenn ein eine kaufmännische Firma führender Nichtkaufmann Personal zu ihrer Natur nach kaufmännischen Diensten angestellt hat[259]). Das OLG. Karlsruhe sieht hierin eine stillschweigende Vereinbarung, daß beide Vertragsteile das Dienstverhältnis als das eines Handlungsgehilfen angesehen wissen wollen. Mit Hilfe der Rechtsscheintheorie ist dieser Umweg nicht nötig. Die Angestellten ebenso wie jeder andere Dritte können sich auf ihr Vertrauen auf den Rechtsschein berufen. Auch hier wird man annehmen müssen, daß beide Teile an das kaufmännische Recht gebunden sind[260]). Nicht zur Anwendung kommen können die Vorschriften der §§ 74 ff. HGB., da das Wettbewerbsverbot nur mit Rücksicht auf eine bestehende Firma erfolgt, bei Nichtigkeit der offenen Handelsgesellschaft aber keinen Sinn mehr hat, und eine unzulässige Knebelung des Angestellten bedeuten würde. Für Streitigkeiten zwischen den Scheingesellschaftern und einem Handlungsgehilfen ist das Arbeitsgericht auf Grund von § 2 Z. 2 Arbeitsgerichtsgesetz zuständig.

VII. DIE NICHTIGE OFFENE HANDELSGESELLSCHAFT IM PROZESS

1. Das deutsche Recht

Im ersten Teil der Arbeit ist nachgewiesen worden, daß die Gläubiger einer nichtigen offenen Handelsgesellschaft auf Grund des Rechtsscheins ein Recht haben, sich aus dem vorhandenen Vermögen vorzugsweise zu befriedigen. Es ist nun zu untersuchen, wie diese Ansprüche im Prozeß durchgesetzt werden können.

Aus den einzelnen Theorien über die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft bei Nichtigkeit des zugrundeliegenden Gesellschaftsvertrages ergeben sich hier ganz verschiedene Folgerungen.

Für diejenigen, die die offene Handelsgesellschaft als eine juristische Person betrachten, kann die Beantwortung der Frage nicht zweifelhaft sein. Ist der zugrundeliegende Vertrag nichtig, so ist gleichzeitig die juristische Person nichtig, sie hat niemals bestanden. Urteile, die gegen sie gefällt sind, Prozesse, die gegen sie schweben, fallen, da ein Prozeßgegner nicht mehr vorhanden ist, ins Leere. Auch der Gedanke, die Gesellschaft, solange noch Verbindlichkeiten zu berichtigen sind, als existent zu fingieren, bietet keinen Ausweg; denn es ist ein Grundsatz des Prozeßrechts, daß Parteien real bestehende Prozeßsubjekte sein müssen. „Der Prozeß gegen eine sei es fingierte, sei es verstorbene Person ist nicht zulässig[261])." Es besteht also in diesem Fall keine Möglichkeit der Fortführung schwebender Prozesse, sondern es bedarf einer

[259]) Recht 04, S. 171, Nr. 845.

[260]) Im Ergebnis ebenso Titze: Das kaufmännische Hilfspersonal S. 597; Staub § 59, Anm. 11.

[261]) Stein-Jonas § 50 III 2, Weizsäcker Z.Z.P. 27/93; Redlich, Beiträge zur Bedeutung des § 15 HGB. im Ziv.Proz. S. 43.

neuen Klageerhebung gegen die einzelnen Scheingesellschafter, ein weiterer Beweis für die Undurchführbarkeit dieser Theorie.

Die gleichen Schwierigkeiten ergeben sich für diejenigen, die durch Annahme der relativen juristischen Persönlichkeit eine Spaltung in das Wesen der offenen Handelsgesellschaft tragen. Soweit wie die juristische Persönlichkeit ausgedehnt wird, käme die Partei auf jeden Fall in Fortfall. Was von der nichtigen offenen Handelsgesellschaft dann noch übrig bleibt, ist schwierig zu entscheiden und würde für eine rechtliche Konstruktion keinen Raum mehr bieten.

Kurz hingewiesen sei in diesem Zusammenhange noch auf die Theorie von Hamel[262]), der der Gesellschaft eine Prozeßstandschaft als selbständige Partei zubilligt. Nach Beendigung der Gesellschaft fällt das Verwaltungs- und Prozeßführungsrecht an die Gesellschafter zurück, die Parteien wechseln, es findet eine Gesamtrechtsnachfolge statt. „Aktiva und Passiva, die bisher der juristischen Person der Gesellschaft von den Prozeßnormen zugerechnet wurden, gehen im Sinne dieser Normen auf die Gesellschafter über[263])." Auch diese Theorie spaltet das Wesen der offenen Handelsgesellschaft, und es lassen sich daher gegen sie die gleichen Einwendungen erheben. Im Grunde nähert sich Hamel stark der von ihm so sehr bekämpften Wieland'schen Lehre[264]), und ist ganz allgemein aus den gleichen Gründen wie diese abzulehnen.

Die herrschende Lehre sieht, wie oben dargelegt, in der offenen Handelsgesellschaft eine Gesellschaft; Partei sind daher die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit. Die entgegengesetzte Auffassung, die die einzelnen Gesellschafter als Parteien ansieht, die besagt, daß es kein weiteres Rechtssubjekt als die einzelnen Gesellschafter gäbe, die demnach als Parteien zu betrachten wären und den Prozeß als Streitgenossen weiterführen[265]), kann in § 124 HGB. nichts anderes sehen als eine Wiederholung von § 17 HGB. Auf diesem Wege wird man jedoch der Bedeutung des § 124 nicht gerecht; § 124 enthält Sonderbestimmungen, die der offenen Handelsgesellschaft als Gesellschaft weitergehende Befugnisse zuteilen, als ihr eigentlich zukommen.

Man wird daher mit der herrschenden Lehre[266]) annehmen müssen, daß die Gesellschafter in ihrer Gemeinschaft Partei sind. Es kann zwar nicht geleugnet werden, daß dieser Auffassung, der vor allem auch das RG.[267]) beigetreten ist, Bedenken entgegenstehen, auf die schon eingangs hingewiesen worden ist, so vor allem im Prozeß bezüglich der Stellung der vertretungsbereichtigten Gesellschafter.

Wie wir bereits festgestellt haben, bleibt bei Nichtigkeit der offenen Handelsgesellschaft das den Gläubigern verhaftete Sondervermögen der Gesellschaft als Gemeinschaftsvermögen bestehen. Aus dieser Aufhebung des Gesamthandsverhältnisses ergibt sich, daß die nichtige offene Handelsgesellschaft nicht weiterhin unter ihrer Firma klagen und verklagt werden kann. Die entgegengesetzte Auffassung vertritt das RG. in der juristischen Zeitschrift für Elsaß-Lothringen Bd. 29[268]) veröffentlichten Entscheidung. Hier stellt es sich auf den Standpunkt, eine Vereinigung von Personen, die nach außen hin als offene Handelsgesellschaft auftritt, müsse sich nach den Grundsätzen von Treu und Glauben

[262]) Die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft.

[263]) Hamel a.a.O. S. 65 f.

[264]) Vgl. Homburger JW. 1930/2914.

[265]) Petersen Z.Z.P. 18/58.

[266]) Weismann I. S. 75; Jaeger S. 16; Staub § 17. Anm. 25; Dür.-Hach. § 123, Bem. 10; Neufeld-Schwarz § 124[3]; Könige-Teichmann § 123 III I: Wieland S. 621 ff.; Dag. Stein-Jonas § 50 II 5; Bunsen S. 235; Petersen Z.Z.P. 18/58; Eccius Z.H.R. 32/1; Goldmann § 124.

[267]) RG. 124/150 f.

[268]) S. 186, zust. Jacobi Ih.Jhrb. 76/330.

in Bezug auf die Schuldenhaftung die Behandlung als offene Handelsgesellschaft gefallen lassen. Daher könne diese Personenvereinigung auch als selbständiges Rechtssubjekt verklagt werden. — Hierin liegt eine Ausdehnung des Rechtsscheingedankens, die sich mit allgemeinen Grundsätzen des Zivilprozeßrechts in Widerspruch setzt, die eine in Wirklichkeit existierende Prozeßpartei verlangen[269]). Aus diesem Grunde ist diese Ansicht, die später nie wieder vom RG. vertreten ist, abzulehnen. Die Firma ist ein Ausfluß der bei der offenen Handelsgesellschaft sehr viel stärkeren gesamthänderischen Bindung des Gesellschaftsvermögens als bei der Gesellschaft nach BGB. Da aber das Vermögen bei Nichtigkeit des Vertrages sich in ein Gemeinschaftsvermögen umgewandelt hat, besteht zwischen den einzelnen Scheingesellschaftern doch noch eine Rechtsgemeinschaft. Daraus ergibt sich, daß die einzelnen Scheingesellschafter (Gemeinschafter) im Prozeß die Stellung einfacher Streitgenossen im Sinne der §§ 59 ff. ZPO. einnehmen, und als solche klagen und verklagt werden können[270]). Aus ihrer Stellung als einfacher Streitgenossen ergibt sich, daß die Eide von jedem einzelnen Gemeinschafter geleistet werden müssen. Auch das Armenrecht kann bei Bedürftigkeit nur jedem einzelnen von ihnen, nicht der Gemeinschaft als solcher gewährt werden.

Es wird sich häufig der Fall ergeben, daß die Nichtigkeit einer offenen Handelsgesellschaft während eines schwebenden Prozesses geltend gemacht wird, oder daß ein Dritter Klage gegen sie erhebt, ohne von der erfolgten Nichtigkeitserklärung Kenntnis zu haben. Es ist nun die Frage, ob der Schutz des Rechtsscheins auch auf diese Fälle ausgedehnt werden kann. Dieser Schutz soll jedem gewährt werden, der in berechtigtem Vertrauen auf einen äußeren Tatbestand handeln durfte. Die Verkehrssicherheit soll auf diesem Wege erhöht werden, und das Interesse daran besteht für den rechtsgeschäftlichen Verkehr in gleichem Maße wie für den prozessualen. Es erschiene auch durchaus unbillig, denjenigen, der z. B. einer nichtigen offenen Handelsgesellschaft ein Darlehen gegeben hat, anders zu stellen als denjenigen, der sich auf einen Prozeß mit der Gesellschaft eingelassen hat. Allerdings ist dabei zu berücksichtigen, daß der Prozeß im allgemeinen auf feststehenden Tatsachen basiert, und daß, worauf Redlich[271]) hinweist, der Prozeß seiner Natur nach nur schwerlich mit fingierten oder auf Publizitätswirkungen beruhenden Gegebenheiten in Einklang gebracht werden kann, so daß eine einheitliche Regelung nicht gefunden werden kann. Man wird daher, was Ehrenberg[272]) im Anschluß an die Bedeutung des § 15 HGB. für den Prozeß sagt, ganz allgemein auf die Rechtsscheinwirkungen im Prozeß ausdehnen können, nämlich, daß der Rechtsschein im Prozeßverkehr soweit zu schützen sei, soweit ihm nicht Normen des Prozeßrechts entgegenstehen.

Da nur ein gerechtfertigtes Vertrauen schutzwürdig ist, ergibt sich weiter, daß der Rechtsschein noch zu Beginn des Prozesses vorhanden gewesen sein muß. Haben bereits vor Beginn des Prozesses entsprechende Eintragungen ins Handelsregister und Veröffentlichungen stattgefunden, so muß der Dritte, soll ihm der Rechtsscheinschutz zuteil werden, beweisen, daß ihm die entgegenstehenden Veröffentlichungen weder bekannt waren noch bekannt sein mußten. Das Gleiche gilt für das Vertrauen auf das äußere Auftreten der Gesellschafter, das solange geschützt wird, als die Nichtigkeit nicht irgendwie nach außen in Erscheinung tritt.

[269]) Vgl. auch Redlich a.a.O. S. 9.
[270]) So auch Richard Cohn a.a.O. S. 94.
[271]) a.a.O. S. 9.
[272]) I S. 659.

Erfährt der Dritte während des Prozesses die wahre Rechtslage, so ist die Frage, ob er den Prozeß unter der alten Firma weiterführen kann oder ihn gegen die Gesellschafter als Streitgenossen führen muß. Der Fall liegt ähnlich wie bei der Vollbeendigung einer OHG. während des schwebenden Prozesses; die ursprüngliche Prozeßpartei ist nicht mehr vorhanden; im ersten Fall hat sie in Wahrheit nie bestanden, im zweiten ist sie durch Auflösung erloschen. Für die aufgelöste offene Handelsgesellschaft vertritt Redlich[273])[274]) den Standpunkt, daß ein auf Grund des § 15 HGB. begonnener Prozeß gegen die offene Handelsgesellschaft auch auf dieser Basis zu Ende geführt werden kann.

Die Voraussetzungen des § 15 HGB. ebenso wie das Erfordernis des Rechtsscheins sind richtiger Meinung nach nur für den Prozeßbeginn erforderlich. Trotzdem kommt nach Redlich dem Fortfall der Voraussetzungen des § 15 während der Dauer des Prozesses eine Bedeutung zu. Redlich[275]) will in diesem Fall dem Dritten die Wahl geben, den vermöge des § 15 begonnenen Prozeß weiterzuführen, oder aber diesen Prozeß jetzt gegen die ehemaligen Gesellschafter persönlich fortzuführen. Für eine Alternative muß sich der Dritte entscheiden; entscheidet er sich für die Fortsetzung der Klage gegen die Gesellschaft, so steht die Möglichkeit eines neuen Prozesses gegen die Scheingesellschafter jederzeit offen.

Dieser Auffassung kann nicht beigepflichtet werden. Redlich selber weist darauf hin[276]), daß der Prozeß nur schwer mit fingierten oder auf Publizitätswirkungen beruhenden Gegebenheiten in Einklang gebracht werden kann. Es ist zuzugeben, daß es sich hier um einen Zwiespalt zwischen § 15 HGB. und dem Prozeßrecht handelt. Die Gemeinschaft der Gesellschafter als solche ist nicht mehr parteifähig, ist es niemals gewesen. Es hieße eine Gesellschaft fingieren, wollte man die Klage gegen die in dieser Form nicht existente Partei richten. Und gerade diesen Fiktionen steht das auf Tatsachen basierende Prozeßrecht feindlich gegenüber. Die Auffassung von Redlich dehnt den Schutz des Dritten zu weit aus; durch den Prozeß sollen klare Rechtsverhältnisse geschaffen werden; wird es nun in die Willkür des Dritten gestellt, welcher Möglichkeit er sich bedienen will, so wird dadurch Unsicherheit in das Verfahren getragen[277]). Diese Konstruktion erscheint umso weniger gerechtfertigt, als sie keinem Schutzbedürfnis entspricht; denn neu zu klagen braucht der Dritte in keinem Fall. Außerdem würde auch praktisch von dieser Wahlmöglichkeit kein Gebrauch gemacht werden, da aus einem obsiegenden Urteil gegen die „Gesellschaft" eine Zwangsvollstreckung in das gemeinschaftliche Vermögen der Scheingesellschafter nicht möglich wäre.

Es ist nun zu untersuchen, wie sich die Prozeßlage für den Gegner bei Fortfall der Voraufsetzungen des Rechtsscheinschutzes während des schwebenden Prozesses gestaltet.

Auf Grund von §253 ZPO. muß die Klage die Bezeichnung der Parteien enthalten, und zwar der Parteien, in deren Namen oder gegen die Rechtsschutz gewährt werden soll. § 253 spricht davon, daß die Klage erhoben wird durch Zustellung der Klageschrift. Hieraus hat Hellwig[278]) gefolgert, daß die Zustellung das wesentliche sei, daß also derjenige Partei sei, dem die Klageschrift zugestellt worden ist. Hier-

[273]) a.a.O. S. 53.

[274]) Vgl. zu dieser Frage Dür.-Hach. II, § 124, Anm. 13, 14; Staub § 124, Anm. 20; Brand § 124, Anm. 2 c dd.

[275]) a.a.O. S. 53 f.

[276]) a.a.O. S. 9.

[277]) So auch Bock: Die Wirkungen der Handelsregistereinträge S. 35.

[278]) Hellwig: Lehrbuch des Zivilprozesses II, S. 311, DJZ. 06, S. 68, System des deutschen Zivilprozeßrechts S. 145/47.

gegen hat sich vor allem Hein gewandt, der davon ausgeht, daß das Gesetz die Notwendigkeit der Parteiangabe zu einem Formerfordernis für die Klage gemacht hätte, daß also die Klageschrift nicht bloß ihrem sachlichen Inhalt nach, sondern auch in subjektiver Richtung eine maßgebende Streitgrundlage bieten soll, derart, daß regelmäßig Parteistellung und Parteiangabe übereinstimmen sollen[279]). Dieser Auffassung ist beizutreten; andernfalls würde sich eine starke Rechtsunsicherheit ergeben, da jeder, dem eine Klage zugestellt würde, sich als beklagte Partei betrachten müßte; außerdem würde eine namentliche Bezeichnung der Parteien, wie sie § 253 Z. 1 ZPO. erfordert, überflüssig sein.

Einen anderen Standpunkt vertritt Kisch[280]), der davon ausgeht, daß nicht die Bezeichnung der Klageschrift ausschlaggebend sei, sondern daß derjenige Parteistellung einnähme, den der Wille des Klägers zur Partei machen wolle. Für die nichtige offene Handelsgesellschaft würde diese Lehre, die Kisch leßthin[281]) stark eingeschränkt hat, zu ganz brauchbaren Ergebnissen führen. Es würde eine Täuschung in der rechtlichen Konstruktion vorliegen; der Kläger kennt die Sachlage genau, d. h. er weiß, welche Gesellschafter hinter der Gesellschaft stehen, er bestimmt aber infolge einer bestimmten Rechtsauffassung (er vertraut auf das scheinbare Bestehen der Gesellschaft), diese ursprünglich anders als er nachher möchte. Da von Anfang an die Gesellschafter gemeint sind, treten sie nun als Scheingesellschafter für die nichtige offene Handelsgesellschaft als Partei in den Prozeß ein. — Wenn wir uns trotzdem dieser Auffassung nicht anschließen, so erklärt sich das damit, daß durch die völlig subjektive Parteibestimmung durch den Kläger ein starkes Moment der Unsicherheit in den Prozeß getragen wird.

Man wird sich aus diesen Gründen vielmehr auf den Standpunkt stellen müssen, daß als Partei derjenige anzusehen ist, der objektiv durch die Klageschrift als solche bezeichnet ist, eine Meinung, der sich auch Stein-Jonas[282]) und Förster-Kann[283]) angeschlossen haben. Es muß daher zunächst untersucht werden, ob die Klageschrift irgendeinen Anhaltspunkt über die Individualisierung der Partei bietet. Wenn der Kläger die offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma verklagt, so will er damit diejenigen treffen, die bei Begründung der Rechtshängigkeit Träger dieser Firma sind[284]). Dies sind aber die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit. Die Konstruktion des RG. ermöglicht es, daß durch die Parteistellung der Gesellschaft gleichzeitig die Gesellschafter getroffen werden und bei Auflösung der Gesellschaft als Streitgenossen an ihre Stelle treten.

Etwas anders liegt der Fall bei Nichtigkeit der offenen Handelsgesellschaft. Hier sind die Gesellschafter von vornherein nicht durch ein gesellschaftliches Band verbunden. Wenn die Klage auch zunächst unter der Firma erhoben wird, so richtet sie sich trotzdem nicht gegen von der Beklagten verschiedene Rechtssubjekte; denn Träger des Gesellschaftsvermögens, sei es als Gesamthänder, sei es wie bei der nichtigen offenen Handelsgesellschaft als Gemeinschafter nach Bruchteilen sind die Scheingesellschafter, und die Klage richtet sich daher von Anfang an nicht gegen eine offene Handelsgesellschaft, die nie bestanden hat, sondern Beklagte sind die Scheingesellschafter[285]) als Träger des Gesellschaftsvermögens.

[279]) Hein, Identität der Partei I, S. 8.
[280]) Parteiänderung im Zivilprozeß S. 525 ff.
[281]) Das RG. und der Parteibegriff, Festg. für das RG. VI. S. 15, Anm. 1.
[282]) Vorb. § 50 I.
[283]) Vorb. § 50 I.
[284]) Staub § 17, Anm. 32; Dür.-Hach. § 123, Anm. 10.
[285]) LZ. 1910/947.

Dem auf den Rechtsschein vertrauenden Kläger muß nun die Möglichkeit gegeben sein, ohne eine neue Klage zu erheben, den Prozeß gegen die Scheingesellschafter weiterzuführen. § 268 ZPO. sieht die Möglichkeit von Ergänzungen vor, die nicht als Klageänderungen anzusehen sind. Um eine solche Ergänzung handelt es sich auch in unserem Fall. Weder der Klagegrund noch die Identität der Parteien werden dadurch irgendwie berührt; denn Beklagte bleiben nach wie vor die Scheingesellschafter. Es liegt also eine im Rahmen des § 268 ZPO[286]) sich haltende, zulässige Klageverbesserung vor, und das Gericht hat das Rubrum von Amts wegen zu berichtigen. Die Scheingesellschafter haben dagegen kein Widerspruchsrecht.

Auch die Einrede der mangelnden Parteifähigkeit können die Scheingesellschafter dem Dritten nicht entgegensetzen, da sie den einzelnen, die Prozeßpartei bildenden Personen nicht fehlt. Ist der Gesellschaftsvertrag wegen Teilnahme eines Geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten nichtig, so kann gegen diese bei mangelnder Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters der Rechtsschein nicht geltend gemacht werden, sie sind überhaupt nicht Prozeßpartei.

Was die Zustellung der Klage gegenüber einer nichtigen offenen Handelsgesellschaft anlangt, so müßte an sich die Klage jedem einzelnen Streitgenossen zugestellt werden. Hier greift aber mit Rücksicht auf den redlichen Verkehr der Schutz des Rechtsscheins durch. Die Schädigung gutgläubiger Dritter soll so weit als möglich vermieden werden, und aus diesem Grunde wird man es für genügend erachten müssen, wenn die Zustellung nach § 171 III. ZPO. nur an einen Scheingesellschafter erfolgt, oder aber wenn sie gemäß § 173 ZPO. an einen im Geschäftslokal anwesenden Angestellten zugestellt wird. Die Gesellschafter der nichtigen offenen Handelsgesellschaft müssen es sich auch gefallen lassen, an ihrem „Sitz" verklagt zu werden[287]). In prozessualer Hinsicht ergeben sich dadurch keinerlei Komplikationen, da auf Grund von § 38 ZPO. jederzeit die Prorogation eines an und für sich unzuständigen Gerichtsstandes stattfinden kann. Für eine Klage der Scheingesellschafter kommt § 36 Z. 3 ZPO. zur Anwendung. Ist für den betreffenden Rechtsstreit ein besonderer Gerichtsstand nicht festgelegt und haben die Scheingesellschafter bei verschiedenen Gerichten ihren allgemeinen Gerichtsstand, so erfolgt die Bestimmung des Gerichts durch das im Instanzenzug zunächst höhere Gericht.

Es bleibt nur noch die Frage zu prüfen, welche Folgen sich für den Fall ergeben, daß die Kenntnis der wahren Sachlage dem Dritten oder dem Gericht so spät zugänglich wird, daß eine Abänderung des Rubrums nicht mehr erfolgen kann. Es kommt hier nur der Fall in Frage, daß ein obsiegendes Urteil gegen eine nichtige offene Handelsgesellschaft erstritten worden ist. Verurteilt sind, wie bereits ausgeführt, die Scheingesellschafter. Haben nun die Gläubiger die Möglichkeit, aus dem Urteil gegen die nichtige offene Handelsgesellschaft gegen die Scheingesellschafter die Zwangsvollstreckung zu betreiben, mit anderen Worten, wird der Schutz des Rechtsscheins auch auf die Zwangsvollstreckung ausgedehnt?

Das ein Anwendungsfall des § 319 ZPO. vorliegt, ist nicht anzunehmen. § 319 trifft nur offenbare Unrichtigkeiten; hier liegt aber ein Urteil vor, das zunächst bei der Verkündigung vollkommen in Ordnung scheint; es kann also von einer offenbaren Unrichtigkeit nicht gesprochen werden. Diese Auffassung vertritt zu Unrecht Stein-Jonas[288]), der § 319 sehr weit interpretiert, und darunter auch unrichtige Angaben über Parteien fallen läßt, sofern ihre Identität nur gewahrt bleibt.

[286]) Stein-Jonas § 268 II. 1. LZ. 1910/947.
[287]) LZ. 1911/77.
[288]) § 319 I. 3.

Das RG.[289]) und im Anschluß daran Koenige-Teichmann[290]) wollen diesen Fall auf dem Umweg über die Judikatsklage[291]) lösen. Dies erscheint vom Standpunkt der Rechtsscheintheorie aus überflüssig.

Das der Rechtsschein im Prozeßverkehr geschützt wird, ist bereits weiter oben nachgewiesen worden. Das Zwangsvollstreckungsverfahren besteht in der Regel nicht selbständig, es ist vielmehr in den meisten Fällen die Folge eines obsiegenden, zivilprozessualen Urteils, zu dessen Durchsetzung es bestimmt ist. Die Bedeutung des Rechtsscheins für den Prozeß würde aber zum großen Teil illusorisch werden, wie Redlich[292]) für § 15 HGB. nachweist, wollte man zwar ein Urteil auf dieser Grundlage zulassen, ihm aber die Möglichkeit der zwangsweisen Durchsetzung versagen.

Dadurch, daß das Zwangsvollstreckungsverfahren in noch viel höherem Maße, ja fast ausschließlich, auf Realitäten beruht, denn die Zwangsvollstreckung erstrebt die tatsächliche Befriedigung des Gläubigers, ergibt sich, daß Rechtsscheinwirkungen hier nur in beschränktem Maße zur Anwendung kommen können; denn eine Zwangsvollstreckung gegen eine nur als existent fingierte Person oder ein solches Vermögen ist ausgeschlossen. Daher muß Redlich[293]) zu einer Ablehnung der Wirkung des § 15 HGB. für eine ohne Liquidation aufgelöste offene Handelsgesellschaft kommen; denn hier liegt de facto ein Gesellschaftsvermögen nicht mehr vor. Anders liegt der Fall bei der nichtigen offenen Handelsgesellschaft, wo noch ein gemeinschaftliches Vermögen vorhanden ist.

Es ist nun noch die Frage, zu welchem Zeitpunkt ein Rechtsschein vorhanden sein muß, damit er bei der Zwangsvollstreckung berücksichtigt werden kann. Im Anschluß an die Frage der Bedeutung des § 15 HGB. für den Prozeß führt Kohler[294]) aus, daß die Voraussetzungen des § 15 noch im Augenblick der Erlangung des Vollstreckungsrechts vorhanden sein müßten. Dagegen wenden sich sowohl Bock[295]) wie Redlich[296]). Die Rechtslage ist hier eine analoge wie für die Voraussetzungen des Rechtsscheins. Eine Zwangsvollstreckung ist nur möglich auf Grund eines Urteils[297]). Der Vollstreckungstitel ist also gewissermaßen eine Folge des Urteils und steht mit diesem in enger Verbindung. Würde man nun in Bezug auf die Rechtsscheinvoraussetzung eine Unterscheidung zwischen beiden machen, so würde sich daraus ergeben, daß zwar ein Urteil gefällt werden kann, aber in den meisten Fällen nicht daraus zwangsvollstreckt werden könnte; denn ist die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit eines Vertrages überhaupt schon geltend gemacht, so wird der Gegner in weitaus den meisten Fällen während des Prozesses die wahre Rechtslage erfahren. Wollte man dem Dritten dann stets den Schutz versagen, so würde die praktische Auswirkung des Rechtsscheinschutzes völlig illusorisch. Man wird daher aus diesem Grunde sich der für § 15 HGB. schon von Bock und Redlich vertretenen Theorie ganz allgemein für den Rechtsschein anzuschließen haben; es genügt, wenn der Rechtsschein im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit vorhanden ist; spätere Kenntnis der wahren Sachlage schadet dem Dritten nichts.

[289]) RG. 99/271.
[290]) § 17, Anm. 6.
[291]) Ebenso Fränkel DJZ. 1907/294 ff.
[292]) a.a.O. S. 65.
[293]) a.a.O. S. 71 f.
[294]) Arch.bürg.R. 24/187.
[295]) Bock S. 39.
[296]) Redlich S. 67.
[297]) Sie bedeutet die tatsächliche Herstellung des in dem Urteil als zu Recht bestehend anerkannten Zustandes.

Nachdem wir die Frage des Rechtsscheinschutzes bejaht haben, bleibt noch zu untersuchen, welche Folgen sich daraus ergeben. Zunächst kann aus einem Urteil gegen die nichtige offene Handelsgesellschaft eine Vollstreckungsklausel gegen die Scheingesellschafter erteilt werden, und ein bereits gegen die nichtige offene Handelsgesellschaft ausgefertigter Titel auf sie umgeschrieben werden, ohne daß ein Rechtsnachfolgeverhältnis vorzuliegen braucht[298]). In OLG. 3/345 wird diese Auffassung dahin zusammengefaßt: „Es ist nicht abzusehen, weshalb nicht eine der wirklichen Sachlage entsprechende mit dieser in Einklang gebrachte Klausel zu erteilen ist[299])".

Kann nun die Vollstreckung nur in das bisherige Gesellschaftsvermögen oder auch in das Privatvermögen der Scheingesellschafter erfolgen? Wenn wir auf Grund der Rechtsscheintheorie den Gläubigern das ehemalige Gesellschaftsvermögen zur vorzugsweisen Befriedigung vorbehalten haben, ihnen also eine Rechtsstellung eingeräumt haben, die ihrer Stellung bei Gültigkeit der offenen Handelsgesellschaft stark angenähert ist, so hieße es, sie besser stellen als bei Gültigkeit der offenen Handelsgesellschaft, wollte man sie aus dem gleichen Titel gegen das Gemeinschaftsvermögen und gegen das Privatvermögen der Gemeinschafter vorgehen lassen; denn auf Grund von § 129 IV. HGB. kann aus einem gegen die Gesellschaft gerichteten Titel nicht gegen Gesellschafter vollstreckt werden. Es würde dies eine unzulässige Benachteiligung der Privatgläubiger sein, und die Rechtsscheintheorie bezweckt zwar den Vertrauensschuß der Gläubiger der nichtigen offenen Handelsgesellschaft, es sollen ihnen jedoch keine Vorteile zufallen, auf die sie nicht vertrauen durften.

2. Das französische und italienische Recht

Kurz sei in diesem Zusammenhang noch auf die Regelung der prozessualen Fragen im französischen Recht hingewiesen. Sowohl im französischen wie im italienischen Recht ist die Stellung der irregulären Gesellschaft im Prozeß sehr bestritten. Die herrschende Meinung geht von dem Grundsatz aus „Nul en France ne plaide par procureur" und kommt damit zu dem Prinzip „de l'incapacité des sociétés de fait d'acter en jucistice[300])". Daraus ergibt sich, daß bei der société de fait alle Gesellschafter nur gemeinschaftlich klagen und verklagt werden können.

Der Haupteinwand, den Hémard gegen diese Auffassung erhebt, stützt sich auf die Schwierigkeit, die unter Umständen sehr zahlreichen Aktionäre einer Scheinaktiengesellschaft zu gemeinsamem Prozessieren zu veranlassen[301]). Da das deutsche Recht von einer gemeinsamen Regelung für alle Handelsgesellschaften absieht und die §§ 309 ff. HGB. für die AG. eine spezielle Regelung dieses Falles enthalten, ergibt sich, daß diese Problemstellung für das deutsche Recht nicht von besonderer Bedeutung ist. Für die offene Handelsgesellschaft mit ihrer grundsätzlich geringen Gesellschafterzahl ist im Fall der Nichtigkeit die Schwierigkeit des gemeinsamen Klagens und Verklagtwerdens nicht so erheblich, zumal wir festgestellt haben, daß eine fälschlich unter oder gegen die Firma angestrengte Klage nur die Wirkung einer Änderung des Rubrums, nicht aber die Notwendigkeit einer neuen Klageerhebung begründet. Es ist also in diesem Falle das französische Recht für uns ohne Einfluß.

[298]) Für Erweiterung der Auslegung von § 727 ZPO. auch Kuhnt JW. 1913/116 ff.; Stein-Jonas 727 IV.

[299]) Dag. OLG. 14/168.

[300]) Hémard Nr. 413.

[301]) a.a.O. Nr. 417.

Das italienische Recht, das im Gegensatz zu Hémard den irregulären Gesellschaften die juristische Persönlichkeit abspricht, macht den Versuch einer Zwischenlösung. Man sieht in diesen Gesellschaften eine rein prozesuale Einheit, die streng von der juristischen Persönlichkeit zu scheiden ist. Bonelli führt aus, daß diese „formelle Einheit" aus praktischen Erfordernissen heraus entstanden sei, da sie allen nützlich und niemandem schädlich wäre. „Welche Rechte verletzt man, wenn man einer nicht ordnungsmäßig errichteten Gesellschaft eine gerichtliche Vertretung gibt, die den Dritten davon befreit, sich direkt mit den Gesellschaftern in Beziehung zu setzen? Es genügt, eine stillschweigende umfangreiche Generalvollmacht anzunehmen, um alles zu rechtfertigen[302])". Diese Auffassung steht dem deutschen Recht näher; ähnliche Gedanken tauchen in der Wieland'schen Gesellschaftslehre auf. Es ist aber dort bereits darauf hingewiesen, daß ein solches zwischen juristischer Person und Gesellschaft stehendes Mittelding in dem deutschen Recht keine Grundlage hat. Zumal da wir für die nichtige offene Handelsgesellschaft mit den uns zur Verfügung stehenden Formen auskommen, erübrigt es sich für uns, einen solchen Konstruktionsversuch zu unternehmen.

VIII. DIE NICHTIGE OFFENE HANDELSGESELLSCHAFT IM UNRECHTSVERKEHR

Es bleibt nun noch die Frage zu prüfen, ob der Rechtsscheinschutz auf den Geschäfts- und Prozeßverkehr beschränkt ist, oder ob er auch auf den Unrechtsverkehr Anwendung finden kann. Das gleiche Problem ist bei § 15 HGB. aufgetaucht.

Hier hat die herrschende Meinung[303]) lange Zeit den Standpunkt vertreten, § 15 HGB. müsse auch uneingeschränkt für den Unrechtsverkehr Geltung haben. Diese Auffassung wird heut einhellig abgelehnt, mit der Begründung, daß das Handelsregister dazu bestimmt sei, dem Prozeß- und Geschäftsverkehr zu dienen und dessen Sicherheit zu fördern. Diese Auslegung stützt sich auf den Wortlaut des § 15 und auf die Denkschrift zum HGB. „Nur im Verkehr, nur bei rechtsgeschäftlichem Verhalten bedarf der Dritte des Schutzes; nur hier kann von einem Vertrauen auf das Register überhaupt die Rede sein[304]). Es ergibt sich also, daß, „wenn die Haftung für Handlungen nicht rechtsgeschäftlicher Natur in Frage steht, lediglich der wahre Sachverhalt darüber entscheidet, ... wer für derartige Handlungen haftbar ist, nicht aber die Eintragungen im Handelsregister"[305]). Der gesetzgebrische Zweck des Handelsregisters könne bei unerlaubten Handlungen gar nicht in Frage kommen, da diese nicht im Vertrauen auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der handelsrechtlichen Eintragungen geschehen.

Bei der Betrachtung der Bedeutung des Rechtsscheins für den Unrechtsverkehr kann von ähnlichen Erwägungen ausgegangen werden. Zwar kann der Dritte sagen: „Hätte ich die Nichtigkeit der offenen Handelsgesellschaft gekannt, wäre ich nicht in vertragliche Beziehungen zu ihr getreten", nicht aber, „hätte ich die Nichtigkeit der Gesellschaft gekannt, so hätte ich mich nicht von dem Gesellschaftshund beißen lassen". Es ist aber ein Grundgedanke der Lehre vom Rechtsschein, daß

[302]) Vgl. Bonelli: Sulla teorica delle societa irregolari 1906. I p. 163.

[303]) Dür.-Hach. 1. u. 2. Aufl. § 15, Anm. 4; Staub 9. Aufl. § 15, Anm. 3; Brand § 15, Anm. 2d; Goldmann § 15. Anm. 4; Ehrenberg Iher.Jb. 41, S. 273, Anm. 2; Ritter 1. Aufl. § 15, Anm. 5 u. a. Dag. Rauch S. 146 ff., 456; Bock S. 22 ff.; Kohler Arch.bürg.R. 24/190; Ehrenberg Hdbch. 1. S. 635; Dür.-Hach. 3. Aufl. § 15, Anm. 2; Ritter 2. Aufl. § 15, Anm. 3.

[304]) Rauch S. 456.

[305]) RGZ. 93/240 ff.

ein Vertrauen geschützt werden soll und von einem Vertrauen kann im zweiten Fall keine Rede sein. Überfährt also der vertretungsberechtigte Scheingesellschafter einer nichtigen offenen Handelsgesellschaft auf einer Geschäftsreise für die Gesellschaft mit einem Auto der Gesellschaft einen Dritten, so kann der Dritte nur Ansprüche gegen den Scheingesellschafter geltend machen; eine Haftung der nichtigen offenen Handelsgesellschaft entfällt.

Es ist in diesem Zusammenhang noch kurz darauf einzugehen, ob culpa in contrahendo unter den Schutz des Rechtsscheins fällt. Gedacht werden kann an den Fall, daß einen Scheingesellschafter bei Vertragsschluß mit einem Dritten ein Verschulden trifft. Schon im Stadium der Vertragsverhandlungen besteht ein Schuldverhältnis[306])[307]) zwischen den Parteien, das sie zu Handlungen und Unterlassungen verpflichtet. Diese Verpflichtungen kommen bereits zustande durch das einseitige Rechtsgeschäft des Vertragsangebots[308]). Kommt es auf Grund des Rechtsverhältnisses der Vertragshandlungen zum Vertrage, so ändert das Schuldverhältnis nur die Erscheinungsform, der schuldrechtliche Organismus bleibt der der gleiche.

Daraus ergibt sich für unsere Frage, daß es sich bei der Haftung für culpa in contrahendo in Wahrheit nicht um eine Deliktshaftung, sondern um die Haftung aus einem vertragsähnlichen Verhältnis handelt[309]). Aus diesem vertragsähnlichen Verhältnis haften die Scheingesellschafter wie aus einem von ihnen abgeschlossenen Vertrage. Es handelt sich also bei dieser Haftung nicht um eine Durchbrechung des Prinzips der Geltung des Rechtsscheins nur für den Geschäfts- und Prozeßverkehr.

IX. DIE NICHTIGE OFFENE HANDELSGESELLSCHAFT IM KONKURS

1. Das deutsche Recht

Über das Vermögen einer gültigen offenen Handelsgesellschaft kann gemäß §§ 209 ff. KO. das Konkursverfahren eröffnet werden. Dieser Gegensatz zu der Gesellschaft nach BGB. erklärt sich daraus, daß der Gesamthandgedanke bei der offenen Handelsgesellschaft in sehr viel stärkerem Maße ausgeprägt ist; es besteht bei der offenen Handelsgesellschaft ein Gesellschaftsvermögen, das dem Zugriff der Gesellschaftsgläubiger allein vorbehalten ist. Im Gegensatz zu dem die KO. beherrschenden Universalitätsprinzip ist der Gesellschaftskonkurs ein Sonderkonkurs, neben dem ein persönlicher Konkurs jedes einzelnen Gesellschafters möglich ist.

Es ist nun zu untersuchen, ob auch bei Anfechtung, bzw. Nichtigkeit des zugrundeliegenden Gesellschaftsvertrages eine Konkurseröffnung möglich ist. Positiv erwähnt sind in der KO. drei Sonderkonkurse, nämlich über das Vermögen von offenen Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, über den Nachlaß und über das Gesamtgut bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Kisch[310]) vertritt den Standpunkt, daß diese Aufzählung erschöpfend sei, gibt aber zu, daß die Frage bestritten ist.

Man wird dagegen mit Mentzel[311]) dahin zu entscheiden haben, daß der Kreis der statthaften Sonderkonkurse nicht geschlossen sei, sondern daß ein solcher überall da zuzulassen sei, „wo nach gesetzlichen Be-

[306]) Vgl. zum folgenden Stoll: Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen. LZ. 1923/532 ff.

[307]) Die Gegenmeinung nimmt hier einen Vorvertrag an, der aber nicht immer nachzuweisen sein wird.

[308]) Vgl. auch Stoll, JW. 1933/36.

[309]) So auch in ständiger Rechtsprechung das RG., vgl. RG. 120/251

[310]) Grundriß des Ko.Rechts S. 32.

[311]) § 1. Anm. 2.

stimmungen eine bestimmte Vermögensmasse bestimmten persönlichen Gläubigern allein oder mindestens zum voraus haftet". Der dem Sonderkonkurse zugrundeliegende Gedanke enthält nichts den einzelnen aufgezählten Rechtsinstituten allein Eigentümliches, es besteht vielmehr die Möglichkeit, daß eine verwandte Rechtslage sich auch in anderen Fällen ergibt; man wird daher die Bestimmungen über den Sonderkonkurs auch in diesen Fällen zur Anwendung bringen können.

Liegt nun bei der nichtigen offenen Handelsgesellschaft ein solches den Gläubigern allein vorbehaltenes Sondervermögen vor? Vom Standpunkt der Rechtsscheintheorie kann es nicht streitig sein, da, wie weiter oben nachgewiesen ist, das zur Zeit der Anfechtung bzw. Nichtigkeitserklärung vorhandene Vermögen den Gesellschaftsgläubigern ausschließlich verhaftet bleibt. Das Erfordernis des Sondervermögens ist also erfüllt, und es steht einer analogen Anwendung der §§ 209 ff. KO. nichts im Wege. Hingewiesen sei noch darauf, daß auch der Gemeinschuldner der gleiche bleibt. Träger des Gesellschaftsvermögens und damit Gemeinschuldner im Konkurse der gültigen offenen Handelsgesellschaft sind die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Vereinigung; bei der nichtigen offenen Handelsgesellschaft steht ihnen das Vermögen als Gemeinschaftern zur Gemeinschaft nach Bruchteilen zu. Gemeinschuldner sind also hier die gleichen Personen wie bei der gültigen offenen Handelsgesellschaft.

Den Sonderkonkurs für diesen Fall zu versagen, würde eine starke Erschwerung der Abwicklung der nichtigen offenen Handelsgesellschaft bedeuten; auch eine gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger wird nur auf diesem Wege zu erreichen sein. Als Konkursgrund kommt nur Zahlungsunfähigkeit in Frage. Zur Stellung des Antrags berechtigt ist jeder Gläubiger des Sondervermögens und jeder Gemeinschafter[312]).

Gegen den Sonderkonkurs wendet sich Geiler bei Düringer-Hachenburg. Er geht davon aus, es sei eine Unbilligkeit, die Privatgläubiger der Scheingesellschafter von der Befriedigung aus einem Gesellschaftsvermögen, das in Wahrheit gar nicht bestanden hat, auszuschließen[313]).

Dieser Auffassung kann vom Standpunkt der Rechtsscheintheorie aus nicht beigepflichtet werden. Die Privatgläubiger rechnen von vornherein damit, daß das Gesellschaftsvermögen ihnen nur auf dem Umweg über die Kündigung der Gesellschaft zugänglich sei. Ihnen würde im Falle der Nichtigkeit der offenen Handelsgesellschaft eine Haftung zufallen, mit der sie nicht rechnen konnten; ein besonderes Schutzbedürfnis besteht daher für sie nicht.

Der andere Einwand Geilers zielt auf die Unmöglichkeit eines Konkurses bei Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages wegen Beteiligung eines geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Gesellschafters. Auch hierin kann kein entscheidendes Gegenargument gesehen werden. Für das Konkursverfahren ist Geschäftsfähigkeit nicht erforderlich. Der Anteil des Geschäftsunfähigen

[312]) Im Ergebnis zustimmend Staub § 131, Anm. 11; A. Wieland ZHR. 64, Anm. 19; Mentzel § 209, Anm. 11; Grasshoff S. 142; Cohn S. 100 f., der aber S. 92 f. erklärt, es gäbe streng genommen keinen Unterschied zwischen Gesellschaftsgläubigern und Privatgläubigern, da es kein eigentliches Gesellschaftsvermögen gibt!; Langen S. 13; für das französische Recht vgl. Hémard Nr. 494: „La possibilité de la faillite d'une société nulle, d'une société ne valant qu'à titre de société de fait, est actuellement reconnue en doctrine comme en jurisprudence. Cette solution s'est imposée sous la pression des besoins pratiques, et d'ailleurs on s'est efforcé de la mettre d'accord avec la théorie des nullités de sociétés; zweifelnd Jaeger (möglicherweise) Anm. 17.

[313]) Zu dem gleichen Ergebnis kommend Jacobi ZHR. S. 239; K. Wieland S. 532; Jaeger, Konkurs der offenen Handelsgesellschaft S. 18; Koenige-Teichmann § 133[5].

oder beschränkt Geschäftsfähigen wird zunächst in die Konkursmasse gezogen. Aber da für den Geschäftsunfähigen keine Möglichkeit besteht, einen Rechtsschein zu erregen, so kann er auch nicht irgendwie an diesen Rechtsschein gehalten werden. Er hat in Wahrheit niemals das Eigentum an seiner Einlage verloren und steht der Konkursmasse als Aussonderungsberechtigter im Sinne von § 43 KO. gegenüber.

Erkennt man die Möglichkeit des Konkurses über das Gemeinschaftsvermögen an, so besteht für die Gemeinschafter auch die Möglichkeit der Beendigung durch Zwangsvergleich. Die Unzulässigkeit nach § 175 KO. ist bereits begründet, wenn einer der Gemeinschafter flüchtig ist oder den Offenbarungseid verweigert.

2. Das englische Recht.

Über die Frage der Zulässigkeit des Konkurses einer partnership by estoppel besteht im englischen Recht kein Zweifel. „A representation that there is a partnership is sufficient to create joint estate[314])". Die Möglichkeit der Entstehung dieser gemeinsamen Konkursmasse ergibt sich aus dem Begriff der reputed ownership[315]). Nach englischem Recht fällt in die Konkursmasse alles das, was im Augenblick der Konkurseröffnung mit Zustimmung und Erlaubnis des wahren Eigentümers sich im Besitz des Gemeinschuldners befindet, derart, daß der Gemeinschuldner als der vermeintliche Eigentümer erscheint. Daß es sich hierbei um eine Anwendung des holding-out Prinzips handelt, wird in der Entscheidung „In Re Pulsford; ex Parte Haymann"[316]) ausgeführt. „It is the application of the common principle that people must make good the representations they hold out to the world as being the fact. Ostensible ownership is very little more than that". Wenn also jemand durch holding-out als Partner eines anderen erscheint, so verhindert die Tatsache einer geheimen Abmachung zwischen den Parteien zum Schutze des holding-out partners nicht, daß das gesamte Vermögen der partnership in die Konkursmasse fällt. In der für diese Auffassung grundlegenden Entscheidung[317]) „Ex Parte Haymann" handelt es sich um eine partnership by holding out zwischen Vater und Sohn; beide gehen in Konkurs und das gesamte Geschäftsvermögen wird auf Grund der Lehre von der reputed ownership als gemeinsame Konkursmasse der beiden angesehen. In der Begründung führt das Gericht aus, daß es sich hierbei um einen Fall handle, „where one man is the real owner and forms a partnership consisting of two or three partners, and allows them to have the apparent possession and apparent ownership of the property, because the real owner being one, some one else who is not the real owner by his consent has acquired a right to it as much as he has, and therefor has the reputed ownership and the apparent possession of the two with the consent of the one who is the real owner"[318]).

Wenn der vermeintliche Eigentümer, in unserem Fall der Scheingesellschafter, nicht in Konkurs geht, kann die Lehre von der reputed ownership natürlich keine Anwendung finden. Das gesamte Vermögen

[314]) Williams p. 194, vgl. Lindley 8. Ed. p. 260, p. 263; Pollock p. 60; Earl of Halsbury XXII p. 16: In the Bankruptcy, property employed in the business may be treated as the joint estate of the „partners, although as between themselves is was the seperate property of them".

[315]) Bankr.Act 1833, § 44: All goods being at the commencement of the bankruptcy in the possession, order, or disposition of the bankrupt, in his trade or business, by the consent or permission of the true owner, under such circumstances, that he is the reputed owner thereof.

[316]) 1878 Ch.Div. 11, 47 L.J.Bky. 54.

[317]) Vgl. auch Re Rowland and Crankshaw L.R. 1 Ch. 421 (1866), Ex Parte Sheen L.R. 8 Ch.D. 235 (1867), Reynolds v. Bowley L.R. 2 Q.B. 474 (1876).

[318]) In Re Pulsford p. 58.

des wahren Schuldners, der ohne den Scheingesellschafter in Konkurs gegangen ist, kommt den Gläubigern ohne eine Scheidung in Gesellschaftsgläubiger und private Gläubiger zugute, da kein Gesellschaftsvermögen vorhanden ist. Hieraus folgt, daß in einem solchen Falle der scheinbare Gesellschafter, trotzdem er durch estoppel den Gläubigern des Gemeinschuldners oder einigen von ihnen haftbar seien kann, im Konkurse seine Forderungen an den Gemeinschuldner geltend machen kann.

3. Das französische Recht

Die Möglichkeit des Konkurses über das Vermögen einer société de fait ist in Frankreich allgemein anerkannt. „La possibilité de la faillite d'une société nulle ne valant qu'à titre de société de fait est actuellement reconnu en doctrine comme on jurisprudence[319]). Cette solution s'est imposé sous la pression des besoins pratiques, et d'ailleurs on s'est efforcé de la mettre d'accord avec la théorie des nullités des sociétés[319]) Daraus ergibt sich, daß auch im französischen Recht zunächst die praktische Notwendigkeit sich ergab, und die rechtliche Begründung nachfolgte. Denn die deutsche Wissenschaft kommt zu der Zulässigkeit dieses Konkurses nur auf dem Wege über die ausdehnende Interpretation des Begriffs „Sonderkonkurs"; eine zwingende Notwendigkeit ergibt sich aus dem Gesetz nirgends, so daß hier Zweckmäßigkeitserwägungen zweifellos das Primäre gewesen sind.

Auch für das französische Recht besteht jedoch die Einschränkung, daß weder der Minderjärige noch die verheiratete Frau, die, wie bereits erwähnt, mit ihrem Ehemann keine gültige Handelsgesellschaft bilden kann, in den Konkurs der Scheingesellschaft hereingezogen werden. Dem Gläubiger ist das Recht zur Verfolgung seiner Ansprüche nur im Rahmen des Art. 1312 Code civil[320]) gegeben. Im Gegensatz zum deutschen Recht ist ein Konkurs der Scheingesellschaft ohne einen gleichzeitigen Konkurs der Scheingesellschafter nicht möglich, während der Konkurs eines Gesellschafters nicht notwendig den Konkurs der Gesellschaft nach sich zieht. Diese Regelung, die sich nur auf Personalgesellschaften bezieht, erscheint um so eigenartiger, als nach französischem Recht auch den Personalgesellschaften Rechtspersönlichkeit zukommt und ihr Vermögen daher vollkommen gesondert von dem der einzelnen Gesellschafter ist. Diese für unsere Auffassung eigentümliche Verquickung von Gesellschaftsvermögen und Gesellschaftervermögen bei einer juristischen Person findet ihre Erklärung wohl in der Auffassung der Entstehung der juristischen Person durch Vertrag. Es ist schon früher darauf hingewiesen worden[321]), daß die Gesellschafter nicht völlig hinter der Gesellschaft zurücktreten. Zwischen Personal- und Kapitalgesellschaft ergeben sich dabei graduelle Unterschiede, und im konkreten Fall geht die Trennung zwischen dem Gesellschafter und der société en nom collectif nicht so weit wie bei der nach Gesamthandgrundsätzen aufgebauten offenen Handelsgesellschaft. Der Zwang zu einer solchen, dem Wesen der juristischen Person mindestens nicht gemäßen Lösung ergibt sich aber notwendig, wenn alle Handelsgesellschaften unter einen Gesichtspunkt gebracht werden sollen; auch in Frankreich sind daher jetzt Stimmen laut geworden, die auf den deutschen Gedanken der Gesamthand hinweisen.

---

319) Vgl. Hémard Nr. 494; Lyon-Caën VIII n. 1141; Zic II n. 1015; JS. 1927, p. 683.

320) Art. 1312: Lorsque les mineurs, les interdits ou les femmes mariées sont admis en ces qualités à se faire restituer contre leurs engagements, le remboursement de ce qui aurait été, en conséquence de ces engagements, payé pendant la minorité, l'interdiction ou le mariage, ne peut en être exigé, à moins, qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à leur profit.

321) S. 12 ff.

Der Haupteinwand, der in Frankreich gegen die Zulässigkeit des Konkurses der société de fait erhoben worden ist, wurde damit begründet, daß der société de fait die juristische Persönlichkeit abgesprochen werden müsse, daß also ein konkursfähiger Kaufmann im Sinne von Art. 437 Code de commerce[322]), eine von den Personen der Einzelgesellschafter verschiedene Einheit, nicht vorhanden sei. Dagegen wendet sich Bonelli, der für die irregulären Gesellschaften des italienischen Rechts die juristische Person ablehnt. Ausgehend von der formellen Einheit dieser Gesellschaften, die ihnen ein Auftreten vor Gericht ermöglicht, kommt Bonelli zu dem Schluß, daß für den Konkurs als eine Unterart des prozessualen Verfahrens dieselben Voraussetzungen gelten müßten, daß also auf dem Wege über die formelle Einheit eine Zulässigkeit des Konkurses anzunehmen sei. Aber auch wenn man diese formelle Einheit ablehnt, ergibt sich die Notwendigkeit des Konkurses als natürliche Folgerung daraus, daß die Gesellschaft de facto bestanden hat, und nach französischem Recht nur für die Zukunft nichtig ist. Es spielt demnach für die Zulässigkeit keine Rolle, ob man die société de fait mit Hémard als juristische Person konstruiert oder nicht.

Läßt man den Konkurs zu, so ergibt sich daraus, daß das vorzugsweise Befriedigungsrecht der Gläubiger aus dem Vermögen der Scheingesellschaft gesichert ist; denn über was sollte sonst der Konkurs eröffnet werden? Diese Frage gilt in gleichem Maße für das deutsche Recht. Wenn manche Autoren den Standpunkt vertreten, es sei ein Konkurs über das gemeinschaftlich erworbene Vermögen möglich, andrerseits aber die Einlagen an ihre ursprünglichen Eigentümer zurückfallen lassen, so bleibt dabei die Frage ungeklärt, was aus dem mit Mitteln der Einlage Erworbenen wird. Es wird sich schwer nachweisen lassen, daß bestimmte Gegenstände des Gesellschaftsvermögens gerade mit ganz bestimmten Einlagemitteln erworben sind. Soll also nur noch das an die Scheingesellschafter zurückfallen, was de facto von der Einlage vorhanden ist? Damit würde die Entscheidung für den Einzelnen von Zufälligkeiten abhängig sein. Oder aber will man den Scheingesellschaftern eine Vorabbefriedigung in Höhe ihrer Einlage gewähren? Die Lösung ist in jedem Fall unbillig. Man wird sich daher mit der französischen Rechtsprechung und Literatur zu der oben versuchten Entscheidung bekennen müssen; „car sans cela, à quoi bon déclarer une société de fait en faillite, s'il n'y a point d'actif social sur lequel les créanciers sociaux puissent exercer leurs droits à l'exlusion des créanciers personnels de chacun des associés[323])?"

[322]) Art. 437: Tout commerçant, qui cesse ses paiements est en état de faillite. — La faillite peut être déclarée après son décès, lorsqu'il est mort en état de cessation de paiement.

[323]) Hémard Nr. 501.

LEBENSLAUF.

Am 16. März 1906 wurde ich als Tochter des Augenarzies Dr. Otto Meyer und seiner Ehefrau Käthe, geborene Klooß in Breslau geboren. Ich bin evangelischer Konfession und preußischer Staatsangehörigkeit. Von Ostern 1912 bis Ostern 1922 besuchte ich das Lyzeum von Zawadzky, 1922 bis 1925 das Oberlyzeum in Bethanien und die Cäcilienschule, die ich Ostern 1925 mit dem Reifezeugnis verließ. Im Herbst 1929 bestand ich eine ergänzende Reifeprüfung für das Realgymnasium an der Augustaschule. Seit Ostern 1928 studierte ich, zunächst als Gasthörer, an der Universität Breslau die Rechtswissenschaften und bestand am 28. Februar 1933 die mündliche Doktorprüfung.

Hildegard Meyer.